Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Ein Vergleich.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Paul Lohmann

aus Bergedorf

Assessor in Hamburg.

Approbiert am 26. Oktober 1908.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1908.

79

Referent: Univ.-Professor Dr. **Siber.**

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0089

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Abschnitt.

I. Die Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.
§ 2. 1. Allgemeines 3
§ 3. 2. Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien.
a) Konnexität 4
b) Gegenseitigkeit 9
c) Fälligkeit der Gegenforderung 11
d) Zulässigkeit der Rechtsausübung im Einzelfall . . . 14
§ 4. 3. Die Objekte der Zurückbehaltung.
a) Gegenstände 15
b) Handlungen und Unterlassungen 18
II. Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.
§ 5. 1. Allgemeines 18
2. Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners.
§ 6. a) Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien.
α) Kaufmannseigenschaft beider Parteien 20
β) Konnexität 21
γ) Gegenseitigkeit 22
δ) Fälligkeit der Gegenforderung 23
ε) Zulässigkeit der Rechtsausübung im Einzelfall . . 23
§ 7. b) Die Objekte der Zurückbehaltung 27
§ 8. 3. Voraussetzungen bei unsicherer Vermögenslage des Schuldners 38

Zweiter Abschnitt.

§ 9. I. Die Wirkungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.
a) Materieller Natur 41
b) Formeller Natur 45
§ 10. II. Die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.
a) Materieller Natur 47
b) Formeller Natur 51
§ 11. III. Beider Wesen 52

Literaturverzeichnis.

Becker, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des neuen Handelsgesetzbuchs Dissert. Göttingen 1901.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Bd. 1. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Tübingen u. Leipzig 1900.

Dernburg, Kompensation. 2. Aufl. Heidelberg 1868.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Abt. 1. Halle 1905.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Halle 1904.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Mannheim 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Bd. 1. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1900.

Fuld in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1906 S. 104 ff. Nürnberg.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8./9. Aufl. Tübingen 1906.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Berlin 1906.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1, 2. Erlangen 1868.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 40 S. 495. Stuttgart.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883.

Kohler, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1906.

Korn, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht. Dissert. Tübingen 1881.

Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 9 S. 482 ff. Stuttgart.

Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrechte nach gemeinem Recht. Dissert. Rostock 1886.

Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1 u. 2. Berlin 1902.

Lenz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 386.

Linde, Das Zurückbehaltungsrecht des Handelsgesetzbuchs. Dissert. Leipzig 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Bd. 2. Berlin 1906.

v. Mayr, Die condictio des römischen Privatrechts. Leipzig 1900.

Meyer in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 1903 S. 8 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Pappenheim, Über Lohn und Aufrechnung in der Deutschen Juristenzeitung. 1902. Bd. 7 S. 86 ff.

Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. Lahr 1900.

Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Berlin 1895.

Planitz, Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Dissert. Leipzig 1906.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1./2. Aufl. Bd. 2. Berlin 1902.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 2. Berlin 1899.
Reinhold, Allgemeines und kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht. Dissert. 1890.
Rieger, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissert. Tübingen 1901.
Schenk, Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. Jena 1837.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. In Fischers Abhandlungen Bd. 12 Heft 1. Jena 1904.
Schmelzle in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1906 S. 293 ff.
Schönenberg, Die Voraussetzungen der in § 273 Abs. 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis. Dissert. Göttingen 1901.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 2 in Hölders Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1901.
Seuffert, Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.
Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Im Sächsischen Archiv Bd. 14 Bd. 162 ff., 289 ff. Dissert. Leipzig 1904.
Simon in der Juristischen Monatsschrift für Preußen 1898 S. 65 ff.
Sinzheimer im Recht 1903 S. 426.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Lehren. Berlin 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.
Wolff in Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. 3 S. 256 ff.
Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse. Berlin 1892.

Gesetzesmaterialien.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. (Guttentag.)
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von Lutz. 1858–1863.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin-Leipzig 1888. Bd. 2.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 2. Berlin 1897/98.
Motive zu dem Entwurfe einer Konkursordnung in den gesamten Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.

Entscheidungen aus:

den Blättern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts.
Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.
der Juristischen Wochenschrift.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
dem Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
der Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts von Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft. (Abgekürzt: RG.)
der Sammlung der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts von den Räten des Gerichtshofs. (Abgekürzt: ROHG.)
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte. München u. Berlin.

Besondere Abkürzungen.

KZR. = kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht.
BZR. = bürgerliches Zurückbehaltungsrecht.

Einleitung.

§ 1.

Das Wesen des Rechts ist schon von Juventius Celsus definiert als die ars boni et aequi. Die Grundlage eines jeden Rechts ist die Billigkeit. Sie ist der Maßstab, nach dem widerstreitende Interessen gegeneinander abgewogen und miteinander ausgeglichen werden. — „Der Schutz des rechtlich Zulässigen, die Abwehr des rechtlich Unzulässigen sind die beiden Ziele, nach denen der Januskopf der Rechtsordnung ausblickt." [1] — Diesen doppelten Zweck sucht das Gesetz zu erreichen durch Gebote und Verbote, durch Umgrenzung von Pflichten und Rechten. Kommt es dazu, daß sich Anspruch und Anspruch gegenüberstehen, dann entspricht die Rechtsordnung dadurch dem ihr innewohnenden Wesen, daß sie in irgendeiner Form einen Ausgleich zwischen so entgegengesetzten Interessen schafft.

Häufig wäre es unbillig, den Schuldner eher zu einer Erfüllung des Anspruchs seines Gläubigers zu zwingen, ehe dieser ihn wegen seines Gegenanspruches zufriedenstellte.

Deshalb gewährt das Recht in solchen Fällen dem Schuldner eine Einrede, [2] d. h. die Möglichkeit, sein Gegenrecht geltend zu machen. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ist, vom Spezialfall der exceptio non adimpleti contractus abgesehen, ein Anwendungsfall der allgemeinen Doluseinrede. [3]

Unser heutiges Recht kennt ein bürgerliches und ein besonderes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht. Im bürgerlichen Recht findet das Zurückbehaltungsrecht nur in beschränktem Umfange

---

[1] v. Mayr, Die condictio des römischen PrivR. S. 2.

[2] Nicht etwa nur im prozessualen Sinne; s. § 9.

[3] Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts Teil I, 2; Erlangen 1868, S. 965; Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 S. 187, 546; Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 § 126 S. 709; Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs u. Preußens Abt. 1 § 57 S. 132; Seufferts Arch. Bd. 40 S. 387/88; ROHG. Bd. 19 S. 373.

Anwendung. Einen umfassenden Gebrauch macht von ihm das Handelsrecht. Der Handelsverkehr braucht vor allem kreditschaffende und kreditsichernde Institute. Daher hat er schon frühzeitig das gemeinrechtliche Retentionsrecht übernommen und zu einem besonders gearteten Rechtsinstitute umgebildet.

Die Aufgabe der folgenden Abhandlung soll es nun sein, zu einer Klarstellung der rechtlichen Natur beider Institute beizutragen. Zu diesem Zwecke wollen wir zunächst die Voraussetzungen beider Rechte betrachten, um ihren Anwendungsbereich gegeneinander abzugrenzen, und sodann uns mit ihren Wirkungen eingehend beschäftigen, um durch deren vergleichende Gegenüberstellung zu einer Erkenntnis des Wesens beider Rechte zu gelangen.

Erster Abschnitt.

I. Die Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.

1. Allgemeines.

§ 2.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält nicht bei den einzelnen Rechtsinstituten, bei denen ein Zurückbehaltungsrecht in Frage kommt, eine Reihe von zulassenden Bestimmungen,[1]) sondern gibt eine generelle Regelung dieses Rechts. Es folgt damit dem Beispiel, welches ihm das preuß. allgem. Landrecht von 1794 und das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch gegeben haben.[2])

Die maßgebenden Bestimmungen sind enthalten in den §§ 273 und 274. Sie regeln Voraussetzungen und Wirkungen des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts. Daneben kann auch durch Vertrag eine ähnliche Befugnis des Schuldners unter Erleichterung oder Erschwerung der Voraussetzungen geschaffen werden.

Ein solches Recht unterliegt nicht den gesetzlichen Erfordernissen, sondern richtet sich lediglich nach der Vereinbarung der Beteiligten.[3])

---

[1]) In dieser Form läßt sich ein Zurückbehaltungsrecht im Corpus juris feststellen; der Begriff eines „jus retentionis oder retinendi" war ihm freilich noch fremd (vgl. Endemann a. a. O. S. 709 Anm. 2 und die Wiedergabe der einzelnen Quellenstellen bei Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht S. 32, 85). Auch das gemeine Recht, die auf römischrechtlicher Grundlage beruhenden Kodifikationen (wie der Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756) und der Code civile kennen ein solches Recht nur in seinen einzelnen Anwendungsfällen.

[2]) ALR. I, 21 §§ 536 ff.; sächs. BGB. §§ 767 ff.; vgl. demgegenüber die radikale Abschaffung des ZR. im österr. BGB. § 471.

[3]) Ebenso Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 § 86, Bd. II, 2e S. 322; Rehbein, BGB. m. Erl. Bd. 2 1903 S. 98; Crome Bd. 1 S. 547; Dernburg a. a. O. S. 135 Ziff. 5; Schlegelberger in Fischers Abhandl. Bd. 12 Heft 1 S. 81 Note 1, Jena 1905; Recht 1903 S. 170; RG. Bd. 16 S. 172, Bd. 20 S. 135; KG. v. 10. 1. 1902 in Mugdan-Falkmann Bd. 4 S. 334.

Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht entsteht nicht erst dann, wenn es ausgeübt wird, sondern schon dann, wenn seine im Gesetz normierten Voraussetzungen vorliegen.[1]) Erfordert wird, daß zwischen den Parteien eine bestimmte Art von rechtlichen Beziehungen vorliegt, und daß andererseits der Berechtigte in der Lage ist, über bestimmte Objekte durch Zurückhaltung zu verfügen.

2. Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien.

§ 3.

Zwischen den Parteien muß ein „rechtliches Verhältnis" bestehen und auf ihm als Grundlage müssen gegenseitige fällige Ansprüche beruhen.

a) Konnexität.

Was zunächst die Grundlage der wechselseitigen Verpflichtungen anbelangt, so betont Oertmann[2]) mit Recht, daß das „rechtliche Verhältnis" nicht etwa ohne weiteres mit Rechtsverhältnis zu identifizieren sei.

Der Ausdruck ist offenbar mit Vorbedacht gewählt. Die Reihe von rechtlichen Beziehungen, die sich denken ließe, wenn das Gesetz von demselben „Rechtsverhältnisse" spräche, ist durch die Fassung des § 273 BGB. erweitert. Es ist nicht nötig, daß Anspruch und Gegenanspruch auf dem gleichen Rechtsverhältnisse vertraglicher oder deliktischer Natur beruhen. Die Verbindung, in der die gegenseitigen Ansprüche zueinander stehen sollen, ist vielmehr mit dem Reichsgericht[3]) schon dann gegeben, wenn Forderung und Gegenforderung eine derartige Einheit bilden, daß die einseitige Geltendmachung des Anspruches seitens des Gläubigers ohne gleichzeitige Erfüllung der Forderung des Schuldners gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde. Der ein jedes Recht beherrschende Grundsatz der Billigkeit ist also entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob der vom Gesetz verlangte Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Ansprüchen

---

[1]) vgl. Gruchot Bd. 44 S. 1869.

[2]) Recht der Schuldverhältnisse zu § 273 S. 75.

[3]) RG. Bd. 14 S. 233, Bd. 57 S. 6, Bd. 22 S. 218; ebenso Stammler, Schuldverhältnisse, allgem. Lehren S. 102; Planck, Komm. z. BGB. § 273 Ziff. 1a; Oertmann a. a. O. zu § 273 Ziff. 2 a. E.; Dernburg a. a. O. S. 134 Ziff. 3a; Schönenberg, Die Voraussetzung der in § 273, 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis, Inaug.-Diss. Göttingen 1901, S. 34.

vorhanden ist, anders ausgedrückt, ob die geschuldeten Leistungen miteinander konnex sind. — Ehe wir auf den Begriff der Konnexität näher eingehen, haben wir vorauszuschicken, daß die Frage der Zurückhaltung einer Leistung wegen noch nicht geschehener Erfüllung der Gegenleistung bei den gegenseitigen Verträgen eine besondere Regelung gefunden hat. Die dem Schuldner in dem § 320 BGB. gewährte exceptio non adimpleti contractus ist zwar als eine Zurückbehaltungseinrede im weiteren Sinne zu bezeichnen,[1]) sie ist aber, wie es sich auch in der durch das Gesetz vorgenommenen Trennung ausdrückt, verschieden von dem spezifischen Zurückbehaltungsrecht.[2]) Das liegt in ihrem anders gearteten juristischen Fundament. Sie ruht auf der kontraktlichen Bedingtheit von Leistung und Gegenleistung, auf dem inneren notwendigen Zusammenhang der beiden auf Austausch gerichteten obligatorischen Versprechen,[3]) während das Zurückbehaltungsrecht dem allgemeinen Satz von Treu und Glauben dadurch zur Geltung verhilft, daß es dem Schuldner ein indirektes Mittel zur Erzwingung anderer Rechte ist. Die Verschiedenheit beider Rechte kommt zum Ausdrucke einerseits darin, daß die exceptio non adimpleti contractus nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (320 Abs. 1 Satz 2), andererseits im Konkurse (KO. § 17).

Wenn so die gegenseitigen, d. h. vollkommen zweiseitigen Verträge ausscheiden, bleiben als mögliches Anwendungsgebiet für das Zurückbehaltungsrecht übrig die sogen. unvollkommen zweiseitigen Verträge und alle die Fälle, wo einseitige Verpflichtungen sich selbständig gegenüberstehen. Entspringen Forderung und Gegenforderung demselben Rechtsverhältnisse wie bei den sogen. unvollkommen zweiseitigen Verträgen, dann bilden sie eine rechtliche Einheit, dann ist, wie wir sahen, Konnexität im Sinne des Gesetzes zweifellos gegeben. Handelt es sich dagegen um einseitige, an sich selbständige Schuldverhältnisse, dann muß ein solcher Zusammenhang vorliegen, daß man von einer natürlichen oder auf dem Parteiwillen beruhenden Einheit reden kann.[4]) Nun gibt der § 273 in zwei verschiedenen Formulierungen die Voraussetzungen, unter denen ein Zurückbehaltungsrecht bestehen

---

[1]) Kohler, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 193; Dernburg a. a. O. S. 133 a 2 nennt sie eine „besondere Art des ZR."

[2]) Ebenso Crome Bd. 1 S. 547; Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse zu § 273; Cosack a. a. O. § 86, 2a S. 321; Rehbein a. a. O. S. 91; Endemann a. a. O. S. 709; a. M. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R. Bd. 1 S. 390 a 1.

[3]) Endemann a. a. O. S. 709.

[4]) So Goldschmidts Definition der Konnexität a. a. O. S. 975; vgl. Endemann Bd. 1 S. 710 Anm. 7; ebenso OLG. Hamburg. v. 26. 10. 1901 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 354 und OLG. Karlsruhe v. 13. 7. 1901 ebenda S. 355.

soll. In seinem Abs. 1 gewährt er dem Schuldner die Befugnis, die geschuldete Leistung zu verweigern, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnisse einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Nach Abs. 2 soll das gleiche Recht dem zustehen, der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, wenn er wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch ihn verursachten Schadens einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Infolge dieser zweifachen Fassung ist die Frage aufgeworfen, ob der Begriff der Konnexität, wie ihn das Gesetz gibt, ein einheitlicher ist. Danach entscheidet sich die weitere Frage, ob im Bürgerlichen Gesetzbuch ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht geschaffen ist, denn „die Art der Konnexität gibt dem Zurückbehaltungsrecht den Charakter".[1]) Fast allgemein erblickt man in den angeführten Bestimmungen die Festlegung zweier sich nicht deckender Konnexitätskategorien[2]) und behauptet somit, daß das Bürgerliche Gesetzbuch weder einen einheitlichen Konnexitätsbegriff, noch ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht kenne. Mit Schlegelberger halten wir diese Ansicht für unbegründet. Betrachten wir einmal die Fälle, wo von der Anwendung des Zurückbehaltungsrechts die Rede sein kann. Fassen wir zunächst als Beispiel eines sogen. unvollkommen zweiseitigen Vertrages den Auftrag ins Auge. Dem Anspruche des Auftraggebers auf Herausgabe des zu- und infolge der Ausführung des Auftrags Erlangten kann ein Gegenanspruch des Beauftragten wegen der von ihm gemachten erforderlichen Aufwendungen gegenüberstehen (§ 670). Diese beiden Ansprüche beruhen nicht nur auf „demselben rechtlichen Verhältnis", sondern auf „demselben Rechtsverhältnis". Ohne Zweifel treffen also die Voraussetzungen des Abs. 1 des § 273 zu. Dem Anspruche des Beauftragten stehen eine große Reihe anderer Verwendungsansprüche gleich. Zu diesen sind zu rechnen der Anspruch des Verkäufers auf Ersatz der Verwendungen, die er in dem Zeitraum zwischen Gefahrübergang und Übergabe notwendigerweise auf die verkaufte Sache gemacht hat (§ 450 Abs. 1); der dem Wiederverkäufer gewährte Anspruch auf Ersatz der Verwendungen, die er vor dem Wiederkaufe auf den gekauften Gegenstand gemacht hat, sofern sie dessen Wert erhöht haben (§ 500); der Ersatzanspruch des Mieters und Pächters beweglicher Sachen[3]) wegen notwendiger Verwendungen (§ 547 Abs. 1); der

---

[1]) Schlegelberger a. a. O. S. 83.

[2]) Rieger, Das ZR. d. BGB., Inaug.-Diss. Tübingen 1901, S. 35; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 390/91.

[3]) Bei der Miete und Pacht von Grundstücken und Wohnräumen ist ein ZR. wegen Verwendungen ausgeschlossen (§§ 556,2 580, 581,2); vgl. unten S. 15.

Anspruch des Verwahrers und des Finders auf Ersatz der Aufwendungen, die sie für erforderlich halten durften (§§ 693, 870); der Ersatzanspruch des gutgläubigen Besitzers wegen notwendiger Verwendungen auf die Sache gegenüber der rei vindicatio (§ 994 Abs. 1) und der ihm ähnliche Anspruch des Erbschaftsbesitzers, der indes auf Ersatz aller Verwendungen geht (§ 2022). Also auch in allen diesen Fällen unterstehen Anspruch und Gegenanspruch den Regeln *eines* Rechtsinstituts, mithin dem gleichen Rechtsverhältnis. Damit ist die Anwendbarkeit des § 273 Abs. 1 gegeben.

Mit Ausnahme des letzten Beispiels handelt es sich hier um Ersatz von Verwendungen, die nach objektivem oder nur subjektivem Maßstabe erforderlich waren oder doch zum mindesten den Wert des Gegenstandes erhöhten. Anders liegt es, wenn die Verwendungen diese Grenzen überschritten. Dann können sie nur ersetzt verlangt werden „nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag". Dahin gehen die Vorschriften des Gesetzes in § 450 Abs. 2 beim Kauf, § 547 Abs. 2 Satz 1 bei der Miete — das gleiche gilt bei der Pacht nach § 581 Abs. 2 —, § 661 Abs. 2 Satz 1 bei der Leihe und § 1049 Abs. 1 beim Nießbrauch. U. E. ist *Rieger*[1]) darin beizustimmen, daß durch die Verweisung auf die Regeln der negotiorum gestio nicht etwa nur Worte gespart, sondern einem falschen Rückschlusse, daß in solchen Fällen ein Ersatzanspruch überhaupt nicht gegeben sei, vorgebeugt werden sollte.[2]) Der gleiche Sinn wird der Verweisung in den §§ 994 Abs. 2 u. 1216 beizulegen sein. In diesen Fällen gehen also Anspruch und Gegenanspruch nicht hervor aus demselben, sondern aus *verschiedenen* Rechtsverhältnissen: Kauf bezw. Miete usw. einerseits, Geschäftsführung ohne Auftrag andererseits.

Ebenso wie zwei einseitige Verpflichtungen rechtsgeschäftlicher Art können sich auch eine rechtsgeschäftliche bezw. sachenrechtliche und eine deliktische Verpflichtung gegenüberstehen. Auch hier stoßen wir auf den Unterschied, daß die eine Gruppe solcher gegenseitigen Ansprüche als auf demselben Rechtsverhältnis beruhend anzusehen und demnach ohne weiteres gemäß § 273, 1 zu behandeln ist — so liegt es im Falle des § 694 beim Schadensersatzanspruchs des Verwahrers[3]) — während die andere den Regeln verschiedener Rechtsverhältnisse unterliegt — so ist es in der Mehrzahl der Fälle.

Beispielsweise kann der Verpflichtung zur Herausgabe einer

---

[1]) a. a. O. S. 39.

[2]) Das wird durch die Mot. Bd. 2 S. 326 zu § 450 (464) bestätigt.

[3]) Die Ersatzpflicht des Hinterlegers setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus; sie ist als Deliktsfolge anzusehen.

Sache die Verpflichtung zum Ersatze des durch die Sache angerichteten Schadens gegenüberstehen. Dann sind verschiedene Rechtsverhältnisse die Grundlage der gegenseitigen Verbindlichkeiten.

Trotzdem ist aber bei dem Ersatzanspruche sowohl wegen nicht notwendiger oder nicht werterhöhender Verwendungen als auch wegen eines Schadens, der durch die zurückzugebende Sache außerhalb eines Vertragsverhältnisses entsteht, sehr wohl zu sagen, daß er mit dem Gegenanspruch das gleiche rechtliche Verhältnis als Grundlage hat. Das wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Jurist Anspruch und Gegenanspruch verschiedenen Rechtsinstituten einordnen, also auch nach verschiedenen Vorschriften beurteilen muß. Maßgebend ist vielmehr, ob die beiden Ansprüche nach der Auffassung des Verkehrs einem „einheitlichen Lebensverhältnis“ [1]) entspringen, d. h. so eng zusammengehören, daß es unbillig wäre, ihre getrennte Erfüllung zuzulassen. So liegt es aber in allen angezogenen Fällen. Das Leben und der Verkehr machen nicht die feinen juristischen Unterschiede. Ihnen erscheint das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter, Hinterleger und Verwahrer usw. ebenso als einheitliches wie das zwischen dem Eigentümer, der seine Sache herausverlangt, und dem, der sie wegen des durch sie angerichteten Schadens zurückhält. Hier wie dort liegt nach der Anschauung des gewöhnlichen Lebens dasselbe rechtliche Verhältnis vor. Deshalb ist es unberechtigt, zu leugnen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch ein einheitlicher Konnexitätsbegriff gegeben sei. Wenn im Abs. 2 des § 273 eine weitere Formulierung gegeben ist, so hat das nur die Bedeutung einer klärenden Hervorhebung der Fälle, die, wie wir gesehen haben, die häufigsten und wichtigsten sind. Eine Bestätigung findet diese Anschauung übrigens in den Motiven zum 1. Entw. In ihnen wird ausdrücklich die Trennung der beiden Absätze so begründet.[2])

Wir haben es also im Bürgerlichen Gesetzbuch mit einem einheitlichen Konnexitätsbegriff und deshalb auch mit einem einheitlichen Zurückbehaltungsrecht zu tun. Daß die maßgebenden Bestimmungen im Recht der Schuldverhältnisse ihren Platz gefunden haben, ist ohne besondere Bedeutung. Es handelt sich, wie Crome[3]) mit Recht bemerkt, um eine „Verlegenheitsstellung“. Das in den §§ 273, 274 geregelte Recht findet gleichmäßige Anwendung im Obligationen- wie im Sachenrecht.[4])

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 134 Ziff. 3a; Planck zu § 273 Anm. 1a; Oertmann zu § 273 Anm. 2 S. 75.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 42.

[3]) a. a. O. S. 546 Anm. 6.

[4]) Dem steht nicht entgegen, daß die Mot. Bd. 2 S. 41 von den „obligatorischen“ ZR. reden, denn dazu soll der Gegensatz sein das „qualifizierte“ ZR.

b) Gegenseitigkeit.

Ein derart mit dem geltend gemachten Hauptanspruch konnexer Gegenanspruch muß also vorliegen, damit von einem Zurückbehaltungsrecht die Rede sein kann. Außer der Konnexität werden aber noch als Eigenschaften der Gegenforderung verlangt Gegenseitigkeit und Fälligkeit. Die Verpflichtungen müssen gegenseitige sein, d. h. der Gläubiger muß Schuldner seines Schuldners, der Schuldner anderseits Gläubiger seines Gläubigers sein. Das gleiche Erfordernis finden wir auch bei der Aufrechnung.[1]) Deren weitere Voraussetzung der Gleichartigkeit von Leistung und Gegenleistung braucht indessen nicht nur nicht vorzuliegen, sie wird vielmehr meistens fehlen. Sonst wird der Schuldner, anstatt die Erfüllung seiner Leistung einstweilen zu verweigern, es vorziehen, sich im Wege der Aufrechnung zu befriedigen, so insbesondere bei Geldforderungen.[2])

Zum Kapitel über Gegenseitigkeit gehört die Erörterung der Frage, welchen Einfluß eine Rechtsnachfolge auf der aktiven oder der passiven Seite auf das Zurückbehaltungsrecht hat. Betrachten wir zunächst einen Übergang der Hauptforderung. War zur Zeit ihrer Abtretung eine konnexe Gegenforderung fällig und damit für den Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht begründet, dann kann er wie alle andern Einwendungen so auch das Zurückbehaltungsrecht dem neuen Gläubiger entgegensetzen (§ 404 BGB.).[3]) Das Zurückbehaltungsrecht als dilatorische Einrede, d. h. als Recht, die Leistung vorläufig verweigern zu dürfen, bleibt gewissermaßen der Hauptforderung anhaften. Fällt dagegen ihre Abtretung vor den Fälligkeitstermin oder gar vor den Erwerb der Gegenforderung, dann bleiben dem Schuldner die Vorteile eines Zurückbehaltungsrechtes versagt; er muß den neuen Gläubiger ohne weiteres befriedigen und wegen seines Gegenanspruches sich an seinen ursprünglichen Gegner, den Zedenten, halten.

Welche Folgen hat nun die Übertragung der Gegenforderung und wie steht es mit der Abtretbarkeit des Zurückbehaltungsrechtes?

---

wie das kaufmännische; vgl. Crome Bd. 1 S. 546 Anm. 6; ebenso Prot. Bd. 1 S. 312; vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 383 Anm. 8; Goldmann, Komm. Anm. 1 Ziff. 9 zu § 369 HGB.; RG. Bd. 59 S. 201/02.

[1]) § 388 BGB.

[2]) vgl. unten S. 13.

[3]) Ebenso Goldschmidt a. a. O. S. 991; Kohler a. a. O. S. 189 unten; Dernburg a. a. O. S. 136 Ziff. 5; Rehbein a. a. O. S. 91; Goldmann Anm. 1 Ziff. 4 zu § 369 HGB.; für früheres Recht: Gruchot Bd. 44 S. 1069; ROHG. Bd. 24 S. 348.

Um auf den letzteren Punkt zuerst einzugehen, so bedarf es nicht der Erwähnung, daß das Zurückbehaltungsrecht als akzessorisches Recht für sich allein unabtretbar ist. Es kann nicht allein übertragen werden und sich in einer anderen Forderung des neuen Gläubigers eine neue Grundlage suchen.

Andererseits hat die Übertragung der Gegenforderung den Übergang auch des Zurückbehaltungsrechtes zur Folge.[1]) Allerdings ist nach dem Charakter des Rechtes nötig, daß der Zessionar außer der Gegenforderung, dem Aktivum, auch die Verpflichtung des Zedenten, das Passivum, übernimmt. Besteht also die Leistungsverweigerung in der Zurückhaltung herauszugebender Gegenstände, dann müssen diese dem Zessionar übergeben sein (vgl. §§ 401, 402 BGB.).

Der Zessionar muß Schuldner der konnexen Hauptforderung sein oder werden.[2]) Ersteres trifft zu, wenn Zedent und Zessionar Gesamtschuldner sind, letzteres, wenn der Zessionar des Zedenten Schuld gemäß §§ 414 oder 415 BGB. übernimmt. Wenn A mit B Gesamtschuldner des C ist, dann muß er die ihm zustehende Forderung mit dem durch sie begründeten Zurückbehaltungsrecht auf B übertragen, um diesen zur Leistungsverweigerung berechtigt zu machen. B kann nicht etwa lediglich aus der Tatsache, daß er mit A im Gesamtschuldverhältnis steht, das Recht herleiten, des A Gegenforderung für sich zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechtes zu benutzen.[3]) Ihre Verpflichtungen stehen zwar im Verhältnis der Gesamtschuld, ihre Forderungen sind ihnen aber nicht gemeinsam, sondern stehen nur einem von ihnen zu.[4]) Liegt zwischen A und B ein Gesamtschuldverhältnis nicht vor, dann bedarf es beider Rechtsakte, der Zession und Schuldübernahme, um B zur Zurückhaltung C gegenüber zu befugen. Eine wirksame Schuldübernahme, d. h. geschlossen zwischen B und C oder B und A mit Genehmigung des C, würde allein diese Wirkung nicht haben. Nach § 417 kann allerdings B dem C alle Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen C und A ergeben. Ebensowenig aber wie er aufrechnen kann mit einer Forderung des A, kann er dessen Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Das hat darin seinen Grund, daß es, wie wir oben sahen, ein Zurück-

---

[1]) Anderer Ansicht Goldschmidt a. a. O. S. 984.

[2]) Übereinstimmend Schlegelberger a. a. O. S. 108/09.

[3]) Sind allerdings A und B Gesamtschuldner der Hauptverpflichtung und Gesamtgläubiger der Gegenforderung, dann bedarf es keiner Zession; ebenso Schlegelberger a. a. O. S. 109.

[4]) So nach dem Rechte des BGB. im Gegensatz zum gemeinen Recht; vgl. Prot. Bd. 1 S. 433.

behaltungsrecht losgelöst von seiner Grundlage, der Gegenforderung, nicht gibt. Ein solch selbständiges Wesen dieses Rechts widerspräche seiner Bestimmung.[1]) Wir haben die Wirkung besprochen, die der Übergang der Hauptforderung hat, wir haben gesehen, daß Gegenforderung nebst Zurückbehaltungsrecht und Hauptschuld bezüglich ihres Überganges nicht voneinander getrennt werden können, nun bleibt noch übrig zu prüfen, welche Folgen die Übernahme der „Gegenschuld" hat. Wie steht es, wenn ein Dritter das Passivum des Gläubigers übernimmt? Mit Wirkung gegen den Schuldner kann das nur mit dessen Genehmigung geschehen. Dann liegt in seiner Zustimmung der Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht, das ihm gegen den Gläubiger schon zusteht oder möglicherweise noch erwächst. Dann kann er die von ihm geschuldete Leistung nicht mehr verweigern, wenn nun der Gläubiger gegen ihn vorgeht.[2]) Ebenso wie die Schuldübernahme durch Vertrag wirkt auch die Schuldübernahme ex lege, die Vermögensübernahme (§ 419 BGB.).

Von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit gibt es eine einzige gesetzliche Ausnahme. Der Bürge kann nach § 768 BGB. die dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen geltend machen, er kann also auch die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner wegen einer konnexen Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

c) Fälligkeit.

Die letzte Voraussetzung für die Entstehung eines Zurückbehaltungsrechtes ist die Fälligkeit der Gegenforderung. Der Schuldner muß ihre Erfüllung fordern können. Brauchte die Fälligkeit nicht vorzuliegen, dann würde der Schuldner nicht nur gegen Benachteiligung geschützt, sondern in den Stand gesetzt, seine vorzeitige Befriedigung durch Druck auf den Gläubiger herbeizuführen. Das widerspräche dem Gebote der Billigkeit. So würde der, welcher einem anderen Kredit gewährt hat, gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er vor Ablauf der bestimmten Zeit, d. h. vor Fälligkeit, retinieren würde.

Das Zurückbehaltungsrecht wird also nicht gewährt wegen befristeter und ebenso nicht wegen bedingter Forderungen. Das Gesetz sagt, der Schuldner müsse einen „fälligen Anspruch" gegen den Gläubiger haben. Mit Recht sieht Kohler[3]) hierin

[1]) Ebenso Rieger a. a. O. S. 25; a. M. Schlegelberger a. a. O. S. 110.

[2]) vgl. die Prot. Bd. 1 S. 422.

[3]) a. a. O. S. 177 unten.

einen Pleonasmus, „eine Doppelsprache". Bei bedingten oder befristeten Schuldverhältnissen entsteht ein Anspruch erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins. Ebensowenig wie man davon reden kann, daß vorher ein „bedingter oder befristeter Anspruch" besteht,[1]) soll man den entstandenen Anspruch als fällig bezeichnen. Man verwechselt dabei Recht und Befugnis.[2]) Es gibt keinen anderen Anspruch als eben einen „fälligen".

Die Fälligkeit muß vorhanden sein in dem Augenblick, wo das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird. Irrig ist deshalb die häufig vertretene Ansicht, man könne die Zahlung einer Schuld auf Grund von § 273 bis zur Erteilung einer Quittung verweigern. Den Anspruch auf Ausstellung der Quittung erwirbt man erst mit der Zahlung. Die Bedeutung des § 368 liegt in der Modifikation der Leistungspflicht des Schuldners.[3])

In dem Erfordernis der Fälligkeit liegt, daß die Gegenforderung des Zurückbehaltenden der Regel nach auch einklagbar sein muß.[4]) Ebensowenig wie die sogen. natürlichen Verbindlichkeiten, bei denen von einem rechtlichen Anspruch keine Rede ist, kann eine verjährte Schuld ein Zurückbehaltungsrecht begründen.[5]) Es genügt andererseits ein Anspruch auf Sicherstellung. Liquidität wird grundsätzlich nicht verlangt.[6])

Aus besonderen Gründen kann durch richterliche einstweilige Verfügung auch wegen nicht fälliger Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht gewährt werden (ZPO. §§ 935, 938).[7])

An dieser Stelle sei ein Zweifel hervorgehoben, der bezüglich der Eigenschaft der Hauptforderung entstanden ist. Übereinstimmung herrscht darüber, daß sie fällig sein und auf eine Leistung gehen

---

[1]) So Crome a. a. O. S. 547; Becker, Das KZR., Diss. Göttingen 1901, S. 4.

[2]) Auch Schlegelberger a. a. O. S. 150 verkennt m. E. den Begriff des Anspruchs, wenn er von einem Anspruch auf eine in späterer Zeit zu bewirkende Leistung spricht. Es gibt ein Recht, aber keinen Anspruch auf künftige oder auf wiederkehrende Leistungen; vgl. § 369 HGB., wo es nicht fällige „Ansprüche", sondern fällige Forderungen heißt.

[3]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 141; a. A. RG. Bd. 28 S. 434; Ennecceruś-Lehmann S. 390 a. a. O.

[4]) Goldschmidt a. a. O. S. 792.

[5]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 133 Anm. 7; Endemann a. a. O. § 126 Anm. 17 S. 712; Simon in der Jur. Monatsschr. für Preußen 1898 S. 65; Oertmann a. a. O. S. 75; Schönenberg a. a. O. S. 53; Langheineken, Anspruch und Einrede 1903 S. 330. A. M. Schlegelberger a. a. O. S. 147, 211; Rehbein a. a. O. S. 91; Rieger a. a. O. S. 24.

[6]) Goldschmidt a. a. O. S. 974; Dernburg a. a. O. S. 134 oben; Mot. Bd. 2 S. 42. Anders war es nach ALR.; vgl. das. I, 20 § 541.

[7]) Dernburg a. a. O. S. 133; Endemann a. a. O. S. 710 Anm. 9; Goldmann a. a. O. Anm. 1 Ziff. 3 zu § 369.

muß. Das ergibt die Fassung des § 273. Einer Feststellungsklage gegenüber ist ein Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben. Streit ist dagegen, ob einer unpfändbaren Forderung gegenüber zurückbehalten werden darf. Eine dies ausschließende gesetzliche Bestimmung, wie sie bei der Aufrechnung in § 394 vorliegt, gibt es nicht. Es fragt sich aber, ob nicht wegen Gleichheit des Grundes bei der Zurückbehaltung analog zu verfahren ist. M. E. wird diese Frage mit Recht verneint. Wenn auch Zurückbehaltung und Aufrechnung gleichen Ursprungs sind, so sind sie doch darin verschieden, daß es sich bei der Zurückbehaltung immer um innerlich zusammengehörige Ansprüche handelt, während dies Erfordernis der Aufrechnung fremd ist. Die Konnexität nimmt aber der Zurückbehaltung einer unpfändbaren Forderung gegenüber die Härte.[1])

Schwieriger wird die Entscheidung, wenn der unpfändbaren Hauptforderung eine auf das gleiche gehende Gegenforderung gegenübersteht, z. B. einer Lohnforderung ein auf dem Lohnverhältnis beruhender, auf Zahlung einer Geldsumme gerichteter Gegenanspruch des Lohnherrn. Ist dann die Zurückbehaltung auch zuzulassen oder in analoger Anwendung des § 394 versagt? Auch hier ist die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts durch nichts begründet. Allerdings wird, wenn man die Zurückbehaltung zuläßt, wirtschaftlich derselbe Erfolg erzielt, wie wenn die nach § 394 versagte Aufrechnung vorgenommen würde. Hätte die Zurückbehaltung hier aber ausgeschlossen sein sollen, so hätte das Gesetz auch hier ein entsprechendes Verbot erlassen. Das ist nicht geschehen. Übrigens sind auch sowohl Zweck wie Wirkung beim Zurückbehaltungsrecht anders gestaltet als bei der Aufrechnung. Diese will den Gegner zwingen, sich in die Nichtbefriedigung zu fügen, jenes will den Schuldner dadurch sichern, daß es den Gläubiger zur Erfüllung Zug um Zug zwingt. Durch die Erklärung der Aufrechnung gehen die Forderungen unter, soweit sie sich decken, bei dem Zurückbehaltungsrecht ist im Gegenteil ihr Fortbestand gewollt. Nach alledem liegt zu analoger Anwendung des § 394 kein Anlaß vor. Die Zurückbehaltung ist auch unpfändbaren Geldforderungen gegenüber zuzulassen. Demnach kann der Dienstherr den schuldigen Lohn „zurückbehalten", wenn er auf Grund des Dienstvertrages Schadensersatzansprüche hat und es muß zur Aufrechnung auf den Lohn kommen.[2])

---

[1]) Crome Bd. 2 S. 192 Anm. 40, S. 297; Goldmann S. 316; Dernburg a. a. O. § 59 II; Cosack § 86, 2e S. 322; Rehbein a. a. O. Bd. 2 S. 91 oben; Schollmeyer a. a. O. zu § 394 Note 1; Pappenheim in der DJZ. Bd. 7 S. 86ff.; Langheineken S. 329; Schmelzle, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 66 S. 294; Bolze Bd. 19 Nr. 737.

[2]) Ebenso Dernburg a. a. O. Bd. 2, 1 S. 138, der freilich darin m. E.

d) Zulässigkeit der Rechtsausübung im Einzelfall.

Das Zurückbehaltungsrecht ist nur die Regel. Es ist, selbst wenn seine vorerwähnten Voraussetzungen vorliegen, nicht gegeben, sofern sich aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt (§ 273, 1 BGB.). Das ist einmal der Fall, wenn ein Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich durch Vereinbarung unter den Parteien ausgeschlossen ist.[1]) Ebenso liegt es, wenn der Schuldner durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes gegen seine Vertragstreue verstoßen, d. h. die mit dem Anspruche beabsichtigten Zwecke vereiteln würde. So kann der Beauftragte die ihm nach § 259 obliegende Rechnungslegung nicht verweigern, bis ihm seine Aufwendungen ersetzt werden. Wer die Pflege und Fütterung eines Pferdes übernahm, kann sie nicht etwa einstellen, weil ihm die letzte Wochenvergütung hierfür noch nicht gezahlt ist.[2]) Ebensowenig kann ich eine Sache zurückbehalten, die mir anvertraut wurde mit der Verpflichtung, sie einem Dritten zu überbringen oder sonst in bestimmter Weise mit ihr zu verfahren. Zu solchen Sachen, die nur vorübergehend und nicht zu eigenem Rechte anvertraut sind, gehört auch die Vollmacht. An ihr ist ausdrücklich ein Zurückbehaltungsrecht versagt (§ 175). Ebenso ist durch besondere Vorschrift dem Erben im Falle des Nachlaßkonkurses ein Zurückbehaltungsrecht, das ihm an sich wegen seiner Verwendungen in Gemäßheit der §§ 1978, 1979 BGB. zustehen würde, abgeschnitten, weil es die Verwertung der Masse verzögern und den Verwalter unter Umständen nötigen würde, zur Befriedigung des Erben Geld auf den Kredit der Masse aufzunehmen.[3])

Durch die Klausel des § 273 Abs. 1 ist die Abmessung der Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechts dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt. Dadurch ist Fürsorge getroffen, daß

---

zu weit geht, daß er in solchem Falle trotz § 394 die Aufrechnung zulassen will: „die Zurückbehaltung müsse sich in diese verwandeln"; vgl. Pappenheim a. a. O. S. 90; Schollmeyer a. a. O. Anm. 1 zu § 394; Langheineken a. a. O. S. 329; Schmelzle a. a. O. S. 293ff.; Staub, HGB. Bd. 1 Anm. 34 zu § 59; OLG. Köln v. 31. 10. 1902 in der Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 456/57; OLG. Rostock v. 21. 11. 1901 ebenda Bd. 4 S. 28; OLG. Kiel v. 27. 10. 1902 ebenda Bd. 6 S. 225; KG. v. 17. 3. 1903 ebenda Bd. 6 S. 423/24. A. M. Kohler a. a. O. Bd. 2 S. 212; OLG. Hamburg v. 12. 10. 1901 in M. F. Bd. 3 S. 353; Rieger a. a. O. S. 66/69; Fuld in Seufferts Blättern Bd. 66 S. 104/05; LG. Berlin I v. 5. 3. 1903 in den Blättern f. Rechtspfl. im Bezirk des KG. S. 83; Sinzheimer im Recht 1903 S. 426.

[1]) Crome Bd. 1 S. 548; Rehbein a. a. O. S. 95.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 134 Ziff. 3a. A. A. Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 520.

[3]) Endemann a. a. O. S. 712 Anm. 16.

das Recht nicht zur Schikane mißbraucht werden kann, sondern nur dem Gebote der Billigkeit dient, die seinen Grundcharakter ausmacht. Einen Anhalt für das richterliche Ermessen gibt übrigens die Stellung, die das Gesetz dem Mieter hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechtes gibt. Dem Mieter beweglicher Sachen wird unter der oben genannten Voraussetzung ein Zurückbehaltungsrecht gewährt (§ 547), dem Mieter unbeweglicher Sachen wird es dagegen versagt (§ 556, 2). Der Grund für diese verschiedene Behandlung liegt darin, daß ein Zurückbehaltungsrecht im letzteren Falle nicht im Verhältnis stehen würde zu dem zu sichernden Recht. Der dem Vermieter durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes entstehende Schaden würde unverhältnismäßig viel größer sein, als es dem Schutze der Interessen des Mieters entspräche. Gewöhnlich ist auch der Mieter und Pächter durch den Grundbesitz des Vermieters bezw. Verpächters hinreichend gesichert, auch ohne daß er das Grundstück zurückbehält.[1]) Wir sehen also, daß zur Konnexität, Gegenseitigkeit und Fälligkeit noch Zulässigkeit der Rechtsausübung als weiteres Erfordernis hinzukommt.[2])

Ausgeschlossen ist endlich ein Zurückbehaltungsrecht an einem Gegenstande, den man durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (§ 273 Abs. 2). Verbotene Eigenmacht kann, aber braucht nicht den Charakter einer solchen Handlung zu haben, da an sich zu ihrem Begriff nur objektive, nicht auch subjektive Widerrechtlichkeit gehört.[3])

3. Die Objekte der Zurückbehaltung.

a) Gegenstände.

§ 4.

Wie wir bei der Betrachtung der Konnexität festgestellt haben, werden die nach Abs. 2 des § 273 denkbaren Formen des Zurückbehaltungsrechtes schon gedeckt durch den Abs. 1. Seine Definition umfaßt alle Anwendungsfälle. Wenn er also dem Schuldner die Befugnis gibt, „die geschuldete Leistung zu verweigern", so meint er damit in erster Linie das Recht, einen herauszugebenden Gegen-

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 189; RG. Bd. 65 S. 276; Stammler a. a. O. S. 104 Anm. 3.

[2]) vgl. Endemann a. a. O. S. 712 oben.

[3]) vgl. RG. Bd. 55 S. 57; Schlegelberger a. a. O. S. 119.

stand zurückzuhalten.[1]) In dieser Gestalt kommt das Zurückbehaltungsrecht im täglichen Leben am häufigsten vor. Man braucht nach dem Gesetz die reale Sicherheit, welche der dem Gläubiger zurückzugebende Gegenstand gewährt, nicht eher aus der Hand zu geben, bis man wegen seiner Gegenforderungen zufriedengestellt ist. Voraussetzung ist also, daß man den Gegenstand noch im Besitz hat. Es gibt „keine Retention ohne Detention".[2]) Mit dem Besitz geht auch das Zurückbehaltungsrecht verloren, einerlei, ob der Verlust des Besitzes freiwillig oder unfreiwillig geschieht. Gelingt es dem Schuldner, sich den Besitz zurückzuverschaffen, so lebt das Zurückbehaltungsrecht wieder auf. Das Zurückbehaltungsrecht als solches gibt dem Schuldner keinen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes.

Berechtigt zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ist gleicherweise der unmittelbare wie der mittelbare Besitzer. Wer für einen andern in einem Abhängigkeitsverhältnis die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt (§ 855), hat nicht die Stellung eines Besitzers. Daher kann bei ihm von einem Zurückbehaltungsrecht nicht die Rede sein. Gibt der bisherige Besitzdiener gegen den Willen des Besitzherrn und gegen das Gesetz zu erkennen, daß er nicht mehr für jenen, sondern für sich selbst besitzen will, so übt er verbotene Eigenmacht. Verlangt der letztere die ihm entzogene Sache auf Grund von § 861 heraus, dann kann der frühere Besitzdiener sich auf ein Zurückbehaltungsrecht nur zum Beweise dessen berufen, daß die Entziehung nicht verbotene Eigenmacht sei (§ 863). Bei seinem subjektiv und objektiv widerrechtlichen Handeln wird ihm dieser Beweis nie gelingen. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist also in solchem Falle nach § 273 Abs. 2 ausgeschlossen.[3])

Ebenso liegt es, wenn der frühere Besitzherr mit der Eigentums- oder der Vertragsklage[4]) die vorenthaltene Sache herausverlangt.

---

[1]) Das römische Recht kannte ein Zurückbehaltungsrecht nur in dieser Form. Auch das ALR. wollte das Zurückbehaltungsrecht hierauf beschränken; vgl. I, 20 § 536; ebenso die ältere Lehre des gemeinen Rechts, wie Schenck, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht, Jena 1837, S. 83 ff., 112 ff.; Lenz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 386, doch wie nach heutigem Recht schon Dernburg, Kompensation S. 367, 370.

[2]) vgl. Crome Bd. 1 S. 547.

[3]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 44; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 S. 155; Rehbein a. a. O. S. 95 zu § 273. A. M. Biermann, Sachenrecht Anm. b zu § 863; Seufferts Arch. Bd. 5 Nr. 105.

[4]) Ebenso Staub a. a. O. S. 250 zu § 59; a. M. Schlegelberger a. a. O. S. 122.

Schlegelberger[1]) wirft die Frage auf, ob alle Sachen gleichmäßig Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes sein könnten. Ausgehend von dem Zweck, den seiner Ansicht nach das Zurückbehaltungsrecht hat, kommt er zur Bejahung dieser Frage bezüglich der dem Zurückbehaltenden gehörigen Sachen, während er bei den diesem fremden Sachen die Ausübung des Rechts nur zulassen will, wenn sie einen Wert haben, der die Kosten der Zwangsvollstreckung übersteigt. Die Aufstellung eines solchen Grundsatzes halte ich einmal deshalb für verfehlt, weil seiner Grundlage, der Auffassung über den Zweck des Zurückbehaltungsrechts, m. E. nicht zuzustimmen ist, aber auch abgesehen davon halte ich sie für durchaus unnötig, weil durch das oben besprochene Erfordernis der Zulässigkeit der Rechtsausübung genau das gleiche schon erreicht wird. Sähe man mit Schlegelberger den Zweck des Rechts nur in der Sicherung der Ansprüche des Schuldners, dann käme man schon auf Grund des vorgenannten Erfordernisses dazu, an völlig wertlosen Sachen ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen. Da das Wesen des Rechts m. E. indes nicht nur in dieser Sicherung, sondern auch, wie unten näher auszuführen sein wird, in einem gewissen Zwange auf den Gläubiger besteht,[2]) so halte ich nur die Sachen als zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ungeeignet, die gleicherweise für Schuldner wie Gläubiger ohne Wert sind. Hat indessen der Gläubiger ein Interesse daran, sie zu besitzen, dann halte ich sie für geeignete Objekte, weil ihre Zurückhaltung für den Gläubiger ein Antrieb sein wird, des Schuldners Gegenforderungen zu befriedigen. Die vom Richter zu fällende Entscheidung, ob die Rechtsausübung zuzulassen ist, schützt wie den Gläubiger vor unbilliger Geltendmachung, so den Schuldner vor unbilliger Versagung des Zurückbehaltungsrechts.

Deshalb ist m. M. die alte Streitfrage, ob Urkunden zurückbehalten werden können, dahin zu beantworten, daß dies nur dann nicht der Fall ist, wenn sie weder für den Schuldner noch für den Gläubiger von Wert sind.[3]) Ausdrücklich versagt ist ein Zurückbehaltungsrecht an den Quittungskarten der Alters- und Invalidenversicherung gemäß §§ 139, 181 Ziff. 4 Invaliden-

---

[1]) a. a. O. S. 112 ff.

[2]) Ebenso Schollmeyer Bd. 1 S. 92 Nr. 4; Endemann Bd. 1 S. 703; Crome Bd. 1 S. 546 oben; Rieger a. a. O. S. 9; Prot. Bd. 1 S. 311; OLG. Hamburg in Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 57; a. A. Planck Anm. 2 zu § 273.

[3]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 134 Anm. 14; RG. Bd. 22 S. 215; auch Goldschmidt a. a. O. S. 983 spricht von Retentionsobjekten ohne Verkaufswert; dagegen Schlegelberger a. a. O. S. 114, der sich aber beim Ersatzanspruch wegen Verwendungen genötigt sieht, von seinem Grundsatz wieder abzuweichen und das ZR. auch an wertlosen Gegenständen zuzulassen.

versicherungsgesetzes v. 13. 7. 1899. Übrigens hat der Schuldner die zurückbehaltenen Gegenstände vor Vernichtung und Beschädigung zu bewahren (§ 276 Abs. 1). Was er hierfür pflichtgemäß aufwendet, erhöht seinen Anspruch.[1])

b) Handlungen und Unterlassungen.

Die Leistung, die man nach § 273 Abs. 1 verweigern darf, kann aber außer in der Herausgabe von Gegenständen auch in der Bewirkung von Handlungen oder Unterlassungen bestehen,[2]) mit anderen Worten, auf Grund zur Zurückbehaltung berechtigender Gegenansprüche kann man Leistungen jeder Art verweigern.[3]) Darauf sollte die gegenüber dem 1. Entw., der von „zurückbehalten" sprach, veränderte Fassung hinweisen.[4]) Die Handlungen können z. B. in Dienst- oder Werkleistungen bestehen oder lediglich in der Erteilung einer Löschungsbewilligung.[5]) Nichts anderes als ein Zurückbehaltungsrecht wird geltend gemacht mittels des sogen. beneficium cedendarum actionum (§ 255 BGB.).[6])

Daß man, wenn die Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht vorliegen, auch Unterlassungen „verweigern", d. h. ihr Gegenteil tun darf, ergibt § 241 Satz 2. Nur darf, wie Schollmeyer a. a. O. S. 89 richtig betont, die spätere Erfüllung der betreffenden Leistung niemals durch die Zurückbehaltung unmöglich gemacht werden.[7])

II. Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

1. Allgemeines.

§ 5.

Wie das bürgerliche Recht, so gewährt auch das Handelsrecht in gewissen Fällen die Befugnis, eine geschuldete Leistung

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 136 Ziff. 3; Goldschmidt a. a. O. S. 985.
[2]) RG. Bd. 59 S. 201: Abgabe einer Willenserklärung.
[3]) So schon nach gem. Recht vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 969/70; Langfeld a. a. O. S. 110.
[4]) vgl. Oertmann zu § 273 Ziff. 3 S. 76; Dernburg a. a. O. S. 133 Anm. 6; Prot. Bd. 1 S. 312.
[5]) Dernburg a. a. O. S. 133 Ziff. 2, I; Endemann a. a. O. S. 711.
[6]) vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 970.
[7]) Ebenso Rehbein a. a. O. S. 96; Petrazycki a. a. O. S. 519.

zu verweigern. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist geregelt in den §§ 369—372 HGB. Wenn es auch seinem Wesen nach dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrechte ähnlich ist, so zeigt es doch in seinen Voraussetzungen und, wie weiter unten zu erörtern sein wird, vor allem in seinen Wirkungen wesentliche Verschiedenheiten. Wenn die Reichsgesetze allgemein von einem Rechte der Zurückbehaltung reden, so sind damit das bürgerliche wie kaufmännische Rechtsinstitut gleicherweise gemeint.[1]) Daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an anders gefaßte Voraussetzungen geknüpft und mit viel weitergehender Wirkung ausgestattet ist, hat seinen Grund in den Bedürfnissen des Handelsverkehrs. Das Handelsgesetzbuch kommt den Erfordernissen des Handelsverkehrs nach, wenn es den Kaufmann befugt, an Stelle der ausbleibenden eigentlichen Gegenleistung sich aus den zurückbehaltenen beweglichen Sachen und Wertpapieren seines Schuldners[2]) bezahlt zu machen. Es gewährt ihm damit die Sicherheit der Befriedigung. Daß es so weit kommt, d. h. daß der Kaufmann in den zurückbehaltenen Gegenständen seine Befriedigung sucht, ist begrifflich nicht notwendig. Es genügt das bloße Nichtherausgeben.[3]) So ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als eine Weiterbildung des bürgerlichen anzusehen, nicht als ein für sich allein dastehendes eigengeartetes Rechtsinstitut. Gemäß Art. 2 EG. z. HGB. sind also die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs subsidiär anzuwenden. Ebenso wie im bürgerlichen Rechte ist es auch hier möglich, eine dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ähnliche Befugnis, von ihm abweichend in Voraussetzung oder Wirkungen, vertraglich zu schaffen.[4]) Ebenso wie das bürgerliche entsteht auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht erst durch Ausübung, sondern mit dem Augenblicke, wo die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Für diese macht es einen Unterschied, ob der Schuldner sich in normaler oder in unsicherer Vermögenslage befindet. Wir werden beide Möglichkeiten daher getrennt zu behandeln haben. Die Voraussetzungen selbst betreffen, wie oben, einerseits die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien, andererseits die Objekte der Zurückbehaltung.

---

[1]) vgl. z. B. § 772 Abs. 2 BGB.; § 777 ZPO.

[2]) Zu beachten ist für das Folgende, daß das HGB. den Retinenten nach seiner Gläubiger-, das BGB. dagegen nach seiner Schuldnereigenschaft bezeichnet.

[3]) RG. Bd. 36 S. 39; ROHG. Bd. 10 S. 237.

[4]) Ebenso Goldschmidt a. a. O. S. 1032/33; Schlegelberger a. a. O. S. 213; RG. Bd. 20 S. 133, Bd. 29 S. 301, Bd. 66 S. 67; a. A. zu Unrecht Planitz, Das Wesen des Zurückbehaltungsrechts, Leipzig 1906, S. 2, 14; Gareis, Das deutsche HR. 6. Aufl. 1899 S. 517.

2. Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners.

a) Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien.

α) Kaufmannseigenschaft beider Parteien.

§ 6.

Was zunächst die Persönlichkeit der Beteiligten angeht, so verlangt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als spezifisches Kaufmannsrecht die Kaufmannseigenschaft sowohl auf der aktiven wie auf der passiven Seite, d. h. der Zurückbehaltende wie sein Gegner müssen Kaufleute im Sinne der §§ 1–7 HGB. sein. Erst bei der zweiten Lesung des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs beschloß die Nürnberger Konferenz, gegenüber einem Nichtkaufmanne das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht zuzulassen. Diese Änderung des Art. 262 des 1. Entw., der auf § 50 des österreichischen Entwurfes und weiter die österreichische Wechselordnung von 1763 zurückging, entsprach in der dadurch erzielten Gleichstellung der Parteien einem Gebote der Billigkeit.[1])

Beide Parteien müssen Kaufleute sein. Es macht keinen Unterschied, ob sie Voll- oder Minderkaufleute (§ 4) sind. Ist die Firma eines Nichtkaufmannes im Handelsregister eingetragen, dann kann man ihm ebenso wie auch anderen Personen, die zu Unrecht als Handelsgewerbetreibende eingetragen sind, nicht entgegenhalten, sie betrieben kein Handelsgewerbe, seien also keine Kaufleute und daher zur Zurückhaltung nicht befugt; gleicherweise müssen aber auch die Genannten sich gefallen lassen, daß ein Kaufmann ihnen gegenüber retiniert (§ 5).[2])

Die Kaufmannseigenschaft muß auf beiden Seiten vorhanden sein, sowohl zur Zeit der Entstehung der Retentionsforderung — sonst würde diese nicht beiderseitigen Handelsgeschäften entspringen — als auch zur Zeit der Entstehung des Retentionsrechtes. Der letztgenannte Zeitpunkt kann, wie oben bereits erwähnt,[3]) schon

---

[1]) vgl. Prot. der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen HGB. S. 1350 ff.

[2]) Ebenso Sievers, Das KZR., Leipzig 1904, im Sächs. Arch. Bd. 14 S. 166; Bekker a. a. O. S. 15; Schlegelberger a. a. O. S. 196; a. A. Planitz a. a. O. S. 3 Anm. 9; Staub a. a. O. zu § 369 S. 1390 Anm. 3.

[3]) vgl. S. 19 und Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 1069.

vor der wirklichen Geltendmachung des Rechts liegen. Trafen einmal alle Erfordernisse zusammen, dann bleibt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht bestehen, einerlei ob eine Partei später ihre Kaufmannseigenschaft einbüßt.[1]) So kann es kommen, daß bei der tatsächlichen Ausübung des Rechts eine oder gar beide Parteien nicht mehr Kaufleute sind.[2])

β) Konnexität.

In dem vorerwähnten, an die Persönlichkeit der Beteiligten gestellten Erfordernis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist der Hauptunterschied zu sehen, der seinen Anwendungsbereich von dem des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechtes trennt. Nicht so gar erheblich sind die Abweichungen bezüglich der übrigen Voraussetzungen in den Beziehungen der Parteien zueinander.[3]) Wir werden sie in der gleichen Reihenfolge wie oben behandeln. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht verlangt Konnexität der beiderseitigen Ansprüche. Sie müssen das gleiche rechtliche Verhältnis zur Grundlage haben. Das verlangt das Handelsrecht zwar nicht und doch kann man auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht von dem Erfordernis einer gewissen Konnexität reden.[4])

Der zur Rechtfertigung der Zurückbehaltung dienende Anspruch muß hervorgegangen sein aus den zwischen den Parteien geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften. Außerdem wird, wie unten näher auszuführen sein wird, von den Objekten der Zurückbehaltung verlangt, daß sie mit dem Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sind und entweder dem Schuldner gehören oder des Gläubigers Eigentum geworden, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen sind. — Die beiden Kaufleute müssen miteinander im Geschäftsverkehr stehen, Forderung und Gegenforderung müssen auf diesem beruhen. Der Gläubiger soll nur dann durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts die berechtigten Dispositionen seines Schuldners über die in seinem Besitz befindliche Ware durchkreuzen dürfen, wenn ihm noch etwas aus ihrer Geschäftsverbindung zukommt. Anspruch und Gegenanspruch bilden so zwar keine

---

[1]) Ebenso Staub a. a. O. S. 1390 Anm. 5.

[2]) Ebenso Sievers a. a. O. S. 166; Planitz a. a. O. S. 4; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 559 Note IV, 1; a. A. Linde, Das ZR. des HGB., Leipzig 1902, S. 23 u. 27; Gruchots Beitr. Bd. 21 S. 605; Buschs Arch. Bd. 38 S. 239.

[3]) Dagegen erheblich bezüglich der Retentionsobjekte vgl. unten § 7.

[4]) Planitz a. a. O. S. 4/5 begründet seine hiergegen m. E. zu Unrecht gerichtete Polemik mit einer zu engen Auslegung des Konnexitätbegriffes.

rechtliche, aber doch eine wirtschaftliche Einheit. Wie im Bürgerlichen Gesetzbuch das gleiche rechtliche Verhältnis, hält hier der geschäftliche Verkehr die beiderseitigen Forderungen so zusammen, daß es gerechtfertigt ist, einseitiges Vorgehen einer Partei als einen Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen.[1]) Der Kreis der Forderungen, die einen Retentionsgrund abgeben, ist somit nach dem Handelsrecht ein viel größerer als nach bürgerlichem Recht.

Übrigens wird in einem Falle auch für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht die zivilrechtliche Konnexität gefordert. Ihn enthält das Depotgesetz in seinem § 8 Abs. 2.

γ) Gegenseitigkeit.

Wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht wird außerdem verlangt, daß die Verpflichtungen gegenseitige sind. Der retinierende Gläubiger muß Schuldner seines Schuldners, dieser — der Retentionsgegner — Gläubiger seines Gläubigers sein. Diese gegenseitigen Verpflichtungen müssen, wie oben bereits erwähnt, beruhen „auf zwischen den Parteien geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften". Die Parteien müssen demnach Kaufleute sein und die Geschäfte im Betriebe ihres Handelsgewerbes abgeschlossen haben. Bei dieser Fassung des Gesetzes ist außerdem an die Beantwortung der Frage gedacht, ob ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht möglich ist wegen zedierter Forderungen. Nach den Vorarbeiten zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch, welches hierin ebenso lautet, sollten zedierte Forderungen als Grundlage zur Retention ungeeignet sein. Man hatte verhüten wollen, daß ein Kaufmann, der Sachen des Schuldners in Händen hat, seinen Freunden Deckung für deren Guthaben verschaffe.[2])

Trotzdem hat man in der Redaktionskommission seltsamerweise die Meinung geäußert,[3]) daß man zedierte Forderungen nicht ganz verwerfen wolle. So solle z. B. retiniert werden können, wenn die Zession ihren Grund habe in einem zwischen dem Zessionar und dem debitor cessus abgeschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäfte. Ganz offenbar ist diese Ansicht irrig. Das Gesetz verlangt, daß die beiderseitigen Handelsgeschäfte, welche die zur Retention berechtigende Gegenforderung ergeben, zwischen ihnen, d. h. zwischen Gläubiger und Schuldner, abgeschlossen sind. Es kann

---

[1]) Goldschmidt a. a. O. S. 1038/39; ebenso Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 9 S. 487, 492 bei Ziff. 14a; Dernburg Bd. 2 S. 831; Sievers a. a. O. S. 165; Korn, Das KZR. S. 31, Dissert. Tübingen 1881.

[2]) So Laband a. a. O. S. 491.

[3]) vgl. Prot. a. a. O. S. 1422 (Lutz Bd. 3).

also weder von einem Singular-[1]) oder von einem Universalsukzessor[2]) in diese Gegenforderung, noch gegenüber einem Singular- oder einem Universalsukzessor in die Gegenschuld[3]) — die Verpflichtung des Retentionsgegners — retiniert werden. Ebensowenig wie diejenigen, welche durch Zession oder Erbgang eine Forderung erwerben, haben diejenigen, welche durch Schuldübernahme oder Erbgang eine Verpflichtung übernehmen, in der vorgeschriebenen direkten Beziehung zum Gegner gestanden. Sie sind Gläubiger bezw. Schuldner erst durch eine Mittelsperson geworden. Übrigens wäre die Retention einem Übernehmer der Gegenschuld gegenüber auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Schuldübernahme rechtlich wirksam nur mit Genehmigung des Gläubigers erfolgen kann und in dieser Genehmigung ein Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht zu erblicken ist.[4]) Auch das in der Kommission angeführte Beispiel entspricht nicht den gesetzlichen Voraussetzungen. Wenn wirklich der Schuldner mit jemandem im Wege des beiderseitigen Handelsgeschäfts übereinkommt, er solle sich die Gegenforderung abtreten lassen, dann entspringt nicht die Gegenforderung dieser Vereinbarung — sie bestand ja schon vorher —, sondern nur ihre Übertragung.[5]) In den Personen aller Genannten kann also ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht entstehen. Völlig zu trennen ist hiervon die Frage, ob ein bereits entstandenes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht seinen Berechtigten wechseln kann. Zu entscheiden ist zweierlei:

1. Kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ohne die Forderung des Zurückbehaltungsberechtigten übertragen werden?
2. Geht es von selbst mit über, wenn diese Forderung übertragen wird, oder was ist zu seinem Übergange erforderlich?

Wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht ist die erste Frage zu verneinen und die zweite dahin zu beantworten, daß das schon

---

[1]) Ebenso Dernburg Bd. 3 S. 831; Goldschmidt a. a. O. S. 1039; Laband a. a. O. S. 490 ff.; Staub a. a. O. S. 1391 Anm. 7; Sievers a. a. O. S. 178; Schlegelberger a. a. O. S. 213; Lehmann-Ring a. a. O. Anm. 4 zu § 369; ROHG. Bd. 5 S. 304; RG. Bd. 9 S. 47/48, Bd. 18 S. 234. Abweichend Cosack, HR. S. 129 Ziff. I, 1, der zwischen ererbten, abgetretenen und ursprünglich erworbenen Forderungen keinen Unterschied machen will. Ähnlich Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 559 Note IV, 2a.

[2]) Ebenso Schlegelberger a. a. O. S. 215; Sievers a. a. O. S. 178.

[3]) Ebenso Schlegelberger S. 213; a. A. Goldschmidt a. a. O. S. 1041; Lehmann-Ring a. a. O. Anm. 4 zu § 369.

[4]) vgl. oben S. 11; a. A. Goldschmidt a. a. O. S. 1041; Lehmann-Ring a. a. O. Anm. 4 zu § 369.

[5]) Ebenso Schlegelberger a. a. O. S. 213; Laband a. a. O. S. 490; Goldschmidt S. 1039; Sievers a. a. O. S. 178; ROHG. Bd. 5 S. 305; a. M. Goldschmidt a. a. O. S. 1041; Lehmann-Ring Anm. 4 zu § 369.

bestehende Zurückbehaltungsrecht übergehen kann, vorausgesetzt einerseits, daß seine Grundlage die Gegenforderung mit übergeht, und andererseits, daß der neue Gläubiger auch Schuldner der Hauptforderung wird.[1]) Durch Erbgang und Übernahme eines Geschäfts mit Aktivis und Passivis geht also stets das Zurückbehaltungsrecht über. Es darf auf die ausführliche Darlegung beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht oben S. 10 ff. verwiesen werden.

Ebenso wie bei Erbgang und Zession bezüglich der Gegenforderung die Entstehung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen ist, da die neuen Gläubiger sich nur auf ein abgeleitetes Recht stützen können, die nach § 369 erforderlichen unmittelbaren Beziehungen zwischen ihnen und den Schuldnern also fehlen, muß man andererseits das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gewähren, wo der neue Gläubiger wirklich ein originäres Recht gegenüber dem Schuldner erwirbt. Das ist der Fall bei Inhaber- und Orderpapieren, insbesondere Wechseln, die nicht mehr in der Hand des ersten Nehmers sind.[2]) Voraussetzung ist natürlich, daß auch die übrigen Erfordernisse des § 369 vorliegen. Bei jeder Übertragung des Papiers entsteht die in ihm verbriefte Forderung von neuem. Zwischen jedem neuen Erwerber des Papiers und dem aus ihm Verpflichteten kann also ein zwischen ihnen geschlossenes beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegen. Ausgeschlossen sind die Rektawechsel und die protestierten Wechsel. Ihre Indossierung hat nicht die eigentümlichen wechselrechtlichen Folgen, sondern nur die Bedeutung einer Zession. Den Gläubigern aus Inhaber- und Orderpapieren steht gleich der Anweisungsempfänger, sobald der Angewiesene angenommen hat (§§ 783, 784 BGB.). Er ist nicht Rechtsnachfolger des Anweisenden, sondern hat ein selbständiges Recht. Auf Grund desselben kann er also auch retinieren.

---

[1]) vgl. Staub a. a. O. Anm. 7 zu § 369; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 559; Lehmann-Ring S. 91, 86?; Schlegelberger a. a. O. S. 215; Planitz a. a. O. S. 6/7 läßt bei dieser Frage die Unterscheidung zwischen noch nicht und bereits entstandenem ZR. vermissen; ROHG. Bd. 10 S. 161, Bd. 5 S. 304.

[2]) Ebenso Goldschmidt a. a. O. S. 1040/41; Wolff in Buschs Arch. f. HR. Bd. 3 S. 269; Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 832; Staub a. a. O. Anm. 7 a. E. zu § 369; RG. Bd. 2 S. 76, Bd. 9 S. 45; JurW. 1900 Nr. 20 S. 527; ROHG. Bd. 24 S. 3 ff.; a. A. Laband a. a. O. S. 491.

δ) Fälligkeit.

Die Gegenforderung muß der Regel nach[1]) wie oben S. 11 ff. fällig sein. Der Retinierende muß ihre Erfüllung fordern können.[2]) Die Schuld darf also weder bedingt, noch gestundet, noch eine natürliche oder verjährte, d. h. nicht einklagbare, sein.[3]) Nicht erforderlich sind Verzug des Schuldners und Liquidität.

Dagegen liegt in der Befriedigung, welche das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gewähren soll, begründet, daß die Gegenforderung wenn auch keine Geldforderung von vornherein, so doch derart gestaltet sein muß, daß sie in eine solche übergehen kann. Es genügen also Ansprüche, die den Schuldner zu einem Tun oder Unterlassen und im Fall der Zuwiderhandlung oder Nichterfüllung zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichten.[4])

ε) Zulässigkeit der Rechtsausübung im Einzelfall.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist, selbst wenn alle vorerwähnten Voraussetzungen vorliegen, nicht immer gegeben. Ebenso wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist, „sofern sich aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt" (§ 273 Abs. 1 BGB.), ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs. 3 BGB. versagt,

> „wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet".[5])

Diese Einschränkung wird in Theorie und Praxis fast allgemein dahin aufgefaßt, daß im Einzelfall eine vom Schuldner besonders erteilte, vom Gläubiger stillschweigend oder ausdrücklich angenommene Bestimmung vorliegen muß, welche die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes unmöglich macht. Das Zurückbehaltungsrecht bedeutet ja schon seinem Wesen nach, daß man die an sich geschuldete Herausgabe von Sachen des Schuldners

---

[1]) Anders beim sogen. Notzurückbehaltungsrecht HGB. § 370.

[2]) Planck zu § 273 Note 1 b.

[3]) vgl. Staub a. a. O. Anm. 8 zu § 360; Schlegelberger a. a. O. S. 211; Lehmann-Ring a. a. O. S. 86; Planitz a. a. O. S. 7; bezüglich verjährter Forderungen abweichend OLG. Hamburg v. 13. 12. 1902 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 90.

[4]) Übereinstimmend Düringer-Hachenburg S. 560; Staub a. a. O. Anm. 9 zu § 369; Schlegelberger a. a. O. S. 211; Sievers a. a. O. S. 181; Planitz a. a. O. S. 3.

[5]) Trotz dieser Bestimmung gibt es ein ZR. nach § 370.

nicht bewirkt mit Rücksicht auf dessen dem gleichen Geschäftsverkehr entsprungene fällige Verpflichtungen. Die gewöhnliche Rückgabepflicht schließt das Zurückbehaltungsrecht nicht aus, sondern ist eine seiner Voraussetzungen.

Durch den Abs. 3 kann also das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen dem Gläubiger seinerzeit die Sachen übergeben und dereinst zurückzugeben sind, nicht gemeint sein. Das hieße sonst das Zurückbehaltungsrecht nicht einschränken, sondern aufheben. Es kann sich nur handeln um vom Gläubiger besonders übernommene Verpflichtungen.[1]) — Das Gesetz spricht von „Anweisung" und „Verpflichtung". Damit scheidet es die Erscheinungsformen, die der von ihm gemeinte Vorgang haben kann, nach ihrer äußeren Gestalt in zwei Arten. Nach innen, d. h. der Sache nach, bedeuten beide das gleiche. Der Gläubiger verpflichtet sich, den Anordnungen nachzukommen, die ihm der Schuldner ausdrücklich auferlegt. Einmal geschieht dies dadurch, daß er die besondere, spätestens bei der Besitzeinräumung abzugebende einseitige Erklärung des Schuldners, dessen „Anweisung", durch widerspruchslose Annahme der so ausgehändigten Sachen gutheißt. Er bindet sich stillschweigend. Die andere Form ist die des Austausches von entsprechenden Willenserklärungen. Der Gläubiger „übernimmt" die ihm vom Schuldner auferlegte „Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren". Ein dahingehender Nebenvertrag kann jederzeit geschlossen werden. Hat der Schuldner die Sachen übergeben, ohne sich deren besondere Behandlung auszubedingen, dann ist der Abschluß eines derartigen Nebenvertrages für ihn das einzige Mittel, ein künftiges Zurückbehaltungsrecht auszuschließen, er kann das nicht mehr durch einseitige Willenserklärung. Nicht zuzustimmen[2]) ist m. E. der Ansicht Schlegelbergers, man könne die ohne besondere Bestimmung übergebenen Sachen noch bis zur Entstehung des Zurückbehaltungs-

[1]) Ebenso Staub Anm. 40 zu § 369 (vgl. die von ihm in den Anm. 42—45 angeführten praktischen Einzelfragen); Laband S. 494; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 573 Note X; Lehmann-Ring Nr. 14 zu § 369; Gareis a. a. O. S. 518; ROHG. Bd. 12 S. 373/74. — Cosack dagegen steht auf dem nur von ihm vertretenen Standpunkt, das ZR. sei durch den Abs. 3 des § 369 auf solche Fälle beschränkt, wo der Schuldner sich der Zurückbehaltung stillschweigend unterworfen habe, wo er gerade im Hinblick auf den ihm schon gewährten oder noch zu gewährenden Kredit absichtlich Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangen lasse (vgl. HR. S. 130). Dagegen Dernburg Bd. 3 S. 833 Anm. 7 und Sievers a. a. O. S. 183 mit treffenden Gründen. Eine eigentümliche Meinung vertritt Planitz a. a. O. S. 14. Er bestreitet sowohl die Möglichkeit einer vertraglichen Regelung als auch, daß durch sie das ZR. ausgeschlossen werden könne.

[2]) Ebenso Goldschmidt a. a. O. S. 1045 Anm. 56; Sievers a. a. O. S. 182; wie Schlegelberger: Lehmann-Ring Anm. 16 zu § 369; Korn a. a. O. S. 61/62.

rechtes durch einseitige Willenserklärung retentionsunfähig machen. Es genüge, wenn eine solche Anweisung bis zum Zusammentreffen aller Voraussetzungen dem Gläubiger zugehe. Dem steht der unzweideutige, offenbar mit Absicht gewählte Gesetzeswortlaut entgegen. Auch erscheint mir die Begründung dieser Ansicht unzutreffend. Der Schuldner kann dem Gläubiger den Besitz der Sache vor Erwerb des Zurückbehaltungsrechts nicht jederzeit entziehen, sondern frühestens bei Beendigung des der Besitzübertragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts. Bis dahin müssen aber auch die Voraussetzungen des § 369 vorliegen, wenn anders der Gläubiger zur Zurückhaltung befugt sein will. Meiner Meinung würde der Schuldner unbilligerweise begünstigt, wenn man ihm so die Frist zur Erteilung einer Anweisung verlängerte. In der Bestimmung des Abs. 3 des § 369 liegt eine ziemliche Einschränkung des Anwendungsbereiches des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Nur selten wird es im Handelsverkehr vorkommen, daß ein Kaufmann Waren in den Besitz eines anderen gelangen läßt, ohne ganz bestimmte, ein Zurückbehaltungsrecht nicht zulassende Verfügungen zu treffen.

Ob der Gläubiger sich ausdrücklich oder stillschweigend den Anordnungen seines Schuldners unterworfen hat, ist Tatfrage, deren Entscheidung Sache des Richters ist. Seinem Ermessen sind indes anders als im bürgerlichen Recht[1]) durch die Fassung des Gesetzes bestimmte Richtlinien gegeben.

b) Die Objekte der Zurückbehaltung.

§ 7.

Der Zurückbehaltung unterliegen nach bürgerlichem Rechte alle geschuldeten Leistungen, nach Handelsrecht dagegen nur bewegliche Sachen und Wertpapiere, die dem Schuldner gehören oder zurzeit zwar dem Gläubiger gehören, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen sind und die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind.[2])

Wie die aktiv und passiv zur Zurückbehaltung legitimierten Personen — die Subjekte — müssen also auch die Objekte der Zurückbehaltung ganz bestimmte Eigenschaften aufweisen. In diesen beiden Vorschriften besteht das Hauptunterscheidungsmerkmal des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts von dem bürgerlichen. Die Grundlage der Zurückbehaltung, der Kreis der Forderungen,

[1]) vgl. oben S. 14 ff.

[2]) Der Besitz des Gläubigers muß dem Wesen des ZR. entsprechend auch noch bestehen; vgl. unten S. 34 ff., 47.

wegen derer retiniert werden darf, ist nach dem § 369 HGB. ein größerer als nach dem § 273 BGB., der Kreis sowohl der Personen, welche retinieren, als auch der Sachen, welche retiniert werden können, ist indes erheblich eingeschränkt.

1. Nur bewegliche Sachen und Wertpapiere können Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sein. Es ist für einen Kaufmann also ausgeschlossen, einen anderen Kaufmann dadurch zur Erfüllung einer Schuld aus dem beiderseitigen Geschäftsverkehr zu bewegen, daß er eine geschuldete Handlung nicht bewirkt oder ein ihm obliegendes Unterlassungsgebot übertritt.[1]) Er darf diesen Zweck auch nicht durch Zurückbehaltung von Immobilien[2]) verfolgen. Andererseits müssen mit Rücksicht darauf, daß die beweglichen Sachen und Waren auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sein müssen, diejenigen Wertpapiere ausscheiden, welche nicht für den Handelsverkehr bestimmt sind. Aus dem gleichen Grunde sind unter den beweglichen Sachen nicht alle beweglichen körperlichen Gegenstände (§ 90 BGB.) zu verstehen, sondern nur solche, über die ein Handelsgeschäft abgeschlossen werden kann, mit anderen Worten nur „Waren".[3])

Wertpapiere sind Urkunden, bei denen die Geltendmachung des in ihnen verbrieften Rechtes abhängt von dem Besitz des Papiers. Die Übertragung der Urkunde bedeutet gleichzeitig Übertragung des durch sie verkörperten Rechtes. Deshalb können nicht als Wertpapiere zurückbehalten werden bloße Beweisurkunden[4]) wie Hypothekenbriefe, Schuldscheine, und Legitimationsurkunden wie Sparkassenbücher, Erneuerungsscheine u. a.[5]) Beide verbriefen zwar auch Rechte, sind aber nicht deren Träger. Als bewegliche Sachen können sie möglicherweise ein Zurückbehaltungsrecht gewähren.[6]) — Ob Wertpapiere für den Handelsverkehr geeignet sind, richtet sich, wie die Denkschrift S. 10 sagt, nach ihrer Natur, insbesondere ihrer leichten Übertragbarkeit. Hierher gehören also

---

[1]) vgl. oben S. 18; Goldschmidt a. a. O. S. 1033.

[2]) Im Gegensatz zum alten HGB. war ihr Ausschluß durch § 369 nötig, da sie nach heutigem Recht Gegenstand des Handelsverkehrs sein können.

[3]) vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 HGB. An mehreren Stellen (außer diesen z. B. noch in den §§ 381, 382) nennt das HGB. die Wertpapiere neben den beweglichen Sachen. Damit weicht es vom Sprachgebrauch des BGB. ab, das unter beweglichen Sachen alle beweglichen körperlichen Gegenstände, auch die Wertpapiere begreift.

[4]) vgl. Cosack, HR. a. a. O. S. 129 Ziff. 2.

[5]) Interimsscheine über Aktien sind Wertpapiere, nicht bloße Beweisurkunden über Einzahlungen auf Aktien; vgl. aber S. 29 unten; Dernburg Bd. 3 § 283 Anm. 6; RG. Bd. 36 S. 38; ebenso Staub a. a. O. Anm. 15 zu § 369.

[6]) ROHG. Bd. 9 S. 343; a. A. ROHG. Bd. 10 S. 317, Bd. 18 S. 18; RG. Bd. 3 S. 154, Bd. 29 S. 302.

alle Inhaberpapiere, sowie diejenigen Order- und Namenspapiere, die indossabel sind.[1]) An Schecks ohne Orderklausel und Wechseln, deren Indossierung vom Aussteller durch die negative Orderklausel verboten ist (Rektawechseln), ist ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht versagt.

Geld ist nur dann Gegenstand des handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechtes, wenn Geldstücke als körperliche Sachen retiniert werden. Forderungen auf Geldsummen, d. h. Wertquantitäten, welche in Geld ausgedrückt und zu leisten sind, lassen sich nur zur Kompensation, nicht zur kaufmännischen Retention benutzen.[2])

Wie oben[3]) fragt es sich, ob bewegliche Sachen und Wertpapiere, die den vorstehenden Voraussetzungen entsprechen, sämtlich sich eignen oder ob noch weitere Einschränkungen zu machen sind. Gemäß der Natur des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts als eines Sicherungs- und zugleich indirekten Zwangsmittels entschieden wir uns oben dahin, daß den Gegenständen, die zurückbehalten werden sollen, ein allgemeiner Vermögenswert nicht innezuwohnen brauche, es genüge, daß sie dem Schuldner wertvoll und deshalb für ihn ein Ansporn zur Erfüllung der Gegenforderung seien.

Anders liegt es beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht. Sein Endzweck ist der, dem Gläubiger durch die Veräußerung der Retentionsobjekte Befriedigung zu gewähren. Deshalb müssen diese einen selbständig realisierbaren Vermögenswert haben. Meistens werden die Gegenstände des Handelsverkehrs diese Bedingung erfüllen. Es gibt indessen auch mehrere Fälle des Gegenteils. So fehlt die freie und leichte Veräußerlichkeit z. B. Antiquitäten. Häufiger liegt es so bei Papieren, sei es, daß sie nach dem oben Gesagten zu den rechten Wertpapieren gehören oder nur zu den beweglichen Sachen. Von der ersten Gattung sind z. B. vinkulierte Namensaktien m. E. ungeeignet.[4]) Beweis- und Legitimationsurkunden andererseits werden in der Regel als Retentionsobjekt nicht dienen können,[5]) es sei denn, daß sie infolge ihrer eigentümlichen stofflichen Zusammensetzung oder aus andern Gründen vielleicht als Autogramme einen Vermögenswert repräsentieren.

---

[1]) RG. Bd. 16 S. 85/86, Bd. 40 S. 134.

[2]) RG. Bd. 12 S. 90; Lehmann-Ring S. 57; Staub a. a. O. Anm. 13 zu § 369.

[3]) vgl. S. 17 ff.

[4]) Ebenso Sievers a. a. O. S. 169; Planitz a. a. O. S. 10; Staub 6./7. Aufl. Anm. 16 zu § 369, anders jetzt in der 8. Aufl. Bd. 2 Anm. 16 zu § 369; a. A. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 561; RG. Bd. 36 S. 38 ff.

[5]) Ebenso Staub Anm. 15 zu § 369; Lehmann-Ring S. 87; Schlegelberger a. a. O. S. 197; RG. Bd. 20 S. 135, Bd. 29 S. 301. Abw. ROHG. Bd. 3 S. 159, 160 Nr. 33, Bd. 6 Nr. 39 S. 198, Bd. 9 Nr. 75 S. 243; Korn S. 35.

2. Die beweglichen Sachen oder Wertpapiere müssen im Eigentum des Schuldners stehen oder in dem des Gläubigers, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen sein. An fremden Sachen kann also ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden. Der Spediteur, dem der Verkäufer in das Eigentum des Käufers bereits übergegangene Waren zur Beförderung an diesen übergibt, darf deren Auslieferung dem Käufer nicht verweigern auf Grund von Forderungen gegen den Verkäufer.[1]) Er dürfte das auch dann nicht tun, wenn er bei der Annahme der Güter zur Versendung in gutem Glauben war, d. h. nicht wußte und nicht zu wissen brauchte, daß die Güter schon dem Adressaten gehörten. Ein Schutz des guten Glaubens wie beim Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten (§§ 932 ff. BGB.) und dem Erwerbe des vertragsmäßigen oder des gesetzlichen Pfandrechts, soweit dieses dem Handelsrecht entspringt (§ 1207 BGB.; § 366 Abs. 1 u. 3 HGB.), findet nicht statt. Die Anwendung des Grundsatzes „Hand in Hand" auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen. Entscheidend ist lediglich die objektive Rechtslage.[2])

Zeitlich maßgebend ist nicht der Augenblick des Besitzerwerbes durch den Gläubiger, auch nicht der Augenblick der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts,[3]) sondern der dazwischen liegende Zeitpunkt des Entstehens des Rechts.[4]) Mit allen übrigen Voraussetzungen zusammen muß das Eigentum des Schuldners zusammentreffen, um ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zu begründen. Ist dieses einmal der Fall gewesen, dann ist es ohne Einfluß, ob nachher der Schuldner aufhört, Eigentümer zu sein.[5]) Überträgt also A sein Eigentum durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe, den er gegen B hat, auf C, dann kann B dem C gegenüber sein entstandenes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht weiter geltend machen. Erfolgt umgekehrt die Abtretung des Herausgabeanspruchs zu einer Zeit, wo nicht alle Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts vorliegen, z. B. wo die Gegenforderung des B noch nicht fällig ist, dann

---

[1]) RG. Bd. 2 S. 1.

[2]) Goldschmidt a. a. O. S. 1035; Laband a. a. O. S. 489; Dernburg Bd. 3 S. 832; Düringer-Hachenburg S. 562, 568; Cosack, HR. S. 129 Ziff. 3; ROHG. Bd. 15 S. 421, Bd. 17 S. 157, Bd. 18 S. 214; RG. Bd. 3 S. 154, Bd. 13 S. 129; Schlegelberger a. a. O. S. 199; abw. Korn a. a. O. S. 37.

[3]) So Schlegelberger a. a. O. S. 198; Korn a. a. O. S. 35.

[4]) Ebenso Staub a. a. O. Anm. 22 zu § 369; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 562; Sievers a. a. O. S. 171; Becher a. a. O. S. 21; Planitz a. a. O. S. 10, 20.

[5]) vgl ROHG. Bd. 24 S. 348; Gruchots Beiträge Bd. 44 S. 1009.

erwirbt B gegen C kein Zurückbehaltungsrecht. Ob dem B die Abtretung bekannt geworden ist oder nicht, spielt dabei keine Rolle, da auch sein guter Glaube ihm zu einem Zurückbehaltungsrecht nicht zu verhelfen vermag. — Dem Eigentümer stehen die andern dinglichen Rechte, Nießbrauch und Pfandrecht, gleich. Wie das früher entstandene Eigentum des C das Zurückbehaltungsrecht des B am Entstehen hindert, so stehen ihm auch diese entgegen, wenn sie *vorher* nach den §§ 1032, 1205 Abs. 2 BGB. durch Abtretung des Herausgabeanspruchs begründet sind.[1]) Beruht ihr Entstehungsgrund auf dem Gesetz, nicht auf Parteivereinbarung, dann kann davon keine Rede sein, daß dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners entgegenzusetzen sind. Gesetzlichen Pfandrechten gegenüber, einerlei ob sie vor oder nach dem Zurückbehaltungsrecht entstanden sind, ist also für das letztere überhaupt kein Raum.[2]) Andererseits sind dingliche Rechte, welche *nachher* vom Schuldner erworben sind, ohne jeden Einfluß auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Von der Regel, daß ein einmal entstandenes Zurückbehaltungsrecht seine Wirksamkeit behält, wenn auch der Schuldner später, noch vor Ausübung des Rechts, sein Eigentum verliert, bildet folgender Fall eine Ausnahme:

Fällt infolge Eintritts einer Resolutivbedingung das Eigentum von dem Schuldner auf den früheren Eigentümer zurück, dann wird das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das in dem Eigentum des Schuldners eine der Wurzeln seines Entstehens hatte, hinfällig. Dem Dritten, der auf Grund seines wiedererlangten Eigentums die Herausgabe der Sachen verlangt, kann der Gläubiger sie nicht unter Berufung auf sein Zurückbehaltungsrecht verweigern. Da der Dritte sein Recht nicht vom Schuldner herleitet, versagt ihm gegenüber das gegen jenen begründete Zurückbehaltungsrecht. Mangels des Schutzes des guten Glaubens kann aber vom originären Erwerb eines Zurückbehaltungsrechts gegen den nunmehrigen Eigentümer keine Rede sein.

Keine Ausnahme liegt dagegen darin, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem sogen. right of stoppage gegenüber seine Wirksamkeit verliert. Nach § 44 KO. haben der Verkäufer

---

[1]) § 369 Abs. 2 HGB. in Verb. mit § 986 BGB.; Denkschrift S. 228; Düringer-Hachenburg S. 562; vgl. unten S. 54.

[2]) Ebenso Dernburg Bd. 3 S. 834; Cosack, HR. S. 131; Lehmann-Ring a. a. O. Anm. 20 zu § 369; Laband a. a. O. S. 485, 498; Goldschmidt a. a. O S. 1058; Hanitz a. a. O. S. 21/22; vgl. ROHG. Bd. 10 Nr. 13, Bd. 24 Nr. 90. Abweichend Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 568; Staub a. a. O. Anm. 33 zu § 369 in der 6./7. Aufl., jetzt dagegen zustimmend. Abw. auch RG. Bd. 8 S. 83 und Bd. 14 S. 154.

wie der Einkaufskommissionär das Recht, Waren, die von einem andern Orte an den Gemeinschuldner abgesandt und von ihm noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückzufordern, es sei denn, daß sie vor der Konkurseröffnung am Ablieferungsorte in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt sind. Wenn die Waren also z. B. noch in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz des Spediteurs sind, dem sie zur Beförderung an den Gemeinschuldner übergeben wurden, dann kann dieser die verlangte Herausgabe nicht abschlagen, weil ihm gegen den Gemeinschuldner wegen einer dazu geeigneten Forderung ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht erwachsen sei.[1]) Wie beim vorhergehenden Fall gelten die Absender auch hier nicht etwa als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners. Während sie aber oben nur ex nunc ihr Eigentum wiedererlangen, gilt hier ein erfolgter Eigentumsübergang gesetzlich als nicht geschehen. Ex tunc werden Verkäufer oder Einkaufskommissionär wieder Eigentümer.[2]) Das Eigentum des Schuldners ist also nie vorhanden gewesen, folglich ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nie entstanden, da es an dieser wesentlichen Voraussetzung gefehlt hat und der gute Glaube zum Erwerb des Zurückbehaltungsrecht nicht genügt.

Außer Sachen des Schuldners kann der Gläubiger ihm selbst vom Schuldner oder von einem Dritten für den Schuldner zu eigen übertragene Sachen unter der Voraussetzung retinieren, daß er sie auf den Schuldner zurückzuübertragen hat (§ 369 Abs. 1 Satz 2 HGB.). Durch die hierdurch erfolgte Entscheidung einer alten Streitfrage hat das neue Handelsgesetzbuch den Kreis der retinierbaren Gegenstände erweitert. So sehr es aber auch als ein Gebot der Billigkeit erscheinen mag, dem Gläubiger ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an den ihm selbst gehörigen Sachen auch in andern Fällen zu gewähren, die Fassung des Gesetzes läßt eine Anwendung per analogiam nicht zu.[3]) So ist es auch nach heutigem Recht insbesondere dem Verkäufer nicht möglich, noch nicht übergebene bezahlte Waren wegen Schulden des Käufers aus andern zwischen ihnen geschlossenen Handels-

---

[1]) RG. Bd. 8 S. 84; ebenso schon nach Art. 313, 314 a. HGB.; Denkschrift S. 228; ROHG. Bd. 6 S. 307, Bd. 10 S. 8.

[2]) Motive zum Entwurf einer KO. S. 168; ROHG. Bd. 24 S. 351; RG. Bd. 8 S. 81.

[3]) Übereinstimmend Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 562, 565; Schlegelberger S. 210; Sievers a. a. O. S. 173; Staub a. a. O. Anm. 24 zu § 369; Goldschmidt Bd. 1, 2 S. 1035; Lehmann-Ring a. a. O. Anm. 13. Abw. Cosack, HR. S. 129 Ziff. I, 3 (anders in der 4. Aufl. S. 156); Dernburg Bd. 3 S. 832.

geschäften zurückzuhalten.[1]) Es fehlt eben an dem Erfordernis, daß die Waren vom Schuldner oder von einem für diesen handelnden Dritten stammen und auf den Schuldner zurückzuübertragen sind.

Wie die Denkschrift S. 211 sagt, sollten aus der Zahl der dem Schuldner fremden, dem Gläubiger dagegen eigenen Sachen nur die getroffen werden, welche wirtschaftlich noch oder schon als Sachen des Schuldners anzusehen sind und daher als geeignete Deckungsmittel erscheinen. Die Denkschrift S. 227 führt in erster Linie den Fall an, daß der Käufer bereits in sein Eigentum übergegangene Waren gerügter Mängel wegen dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Der Fall ist nicht so undenkbar, wie man ihm vorhält. Natürlich kommt es darauf an, ob auf seiten des Käufers der Wille vorhanden ist, die Waren zu eigen zu erwerben, denn dann ist erst die zum Eigentumsübergange erforderliche Einigung der Parteien vorhanden. Ein solcher Wille des Käufers kann ohne Zweifel vor der Prüfung der Waren vorhanden sein. Dann geht auch durch die Abnahme Eigentum über. Zu Unrecht macht Staub[2]) hier einen Unterschied zwischen Spezies- und Genussachen. Der Satz, bei den letzteren werde die Einigung durch die Dispositionsstellung ausgeschlossen, ist nicht richtig. Eigentumsübergang und Mangelrüge sind völlig unabhängig voneinander. Die letztere ist weder kausal für den ersteren, noch kann sie ihm seine rechtliche Wirksamkeit nehmen. Es kommt bei Genus- wie Speziessachen gleicherweise darauf an, in welcher Absicht der Käufer die Abnahme vollzieht. Wenn er die Ware nur zu dem Zwecke in seinen Verfügungsbereich nimmt, um sie zu prüfen, dann bleibt sie allerdings im Eigentum des Veräußerers.[3])

Als weiteres Beispiel erwähnt die Denkschrift, daß der Gläubiger in sein Eigentum übergegangene Sachen dem Schuldner nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugewähren hat. So liegt es z. B., wenn der Schuldner das der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft mit Erfolg angefochten hat oder gemäß § 323 Abs. 3 BGB. Rückgewähr deshalb fordert, weil ohne Verschulden von seiner oder des Gläubigers Seite dessen Leistung unmöglich geworden ist.

---

[1]) Ebenso nach früherem Rechte vgl. ROHG. Bd. 19 S. 57. Sind die Waren dagegen in das Eigentum des Schuldners übergegangen, dann unterliegen sie dem KZR. nach der Hauptregel.

[2]) a. a. O. Anm. 23 zu § 369.

[3]) Übereinstimmend Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 2 S. 565; Sievers a. a. O. S. 172ff.; RG. Bd. 12 S. 82. Dagegen wie Staub Schlegelberger a. a. O. S. 209; Dernburg Bd. 3 S. 832.

Namentlich gehören außerdem hierher die Fälle, wo der Schuldner den Gläubiger dadurch gesichert hat, daß er ihm fiduziarisch Eigentum übertrug.[1]) Erlischt der hierdurch gesicherte Anspruch des Gläubigers, dann ist dieser verpflichtet, aus seinem Eigentum die Gegenstände dem Schuldner zurückzugewähren.

In allen diesen Fällen sind die Gegenstände zwar nicht rechtlich dem Schuldner eigen, wirtschaftlich sind sie aber mit Rücksicht auf die vorzunehmende Rückgewähr seinem Vermögen zuzurechnen. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich die neues Recht schaffende Ausnahmebestimmung des Satz 2 Abs. 1 § 369.

3. Im Wesen des Zurückbehaltungsrechts liegt es begründet, daß es dem Gläubiger nur gegeben ist, wenn er im Besitze der Waren oder Wertpapiere ist, d. h. über sie verfügen kann. Während also Besitzdienerschaft (§ 855 BGB.) nicht genügt, macht es keinen Unterschied, ob unmittelbarer oder mittelbarer Besitz vorliegt. Freilich darf im letzteren Falle nicht der Schuldner selbst unmittelbarer Besitzer sein [2]) oder der unmittelbare Besitzer ein Recht zum Besitz haben, da dann der mittelbare Besitz als das schwächere Recht keine freie Verfügungsmacht gibt, wie sie nötig ist zur Realisierung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Den mittelbaren Besitz dagegen darf der Schuldner wohl haben und wird ihn auch meistens haben. Ebenso ist ohne Einfluß auf das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers, ob der unmittelbar besitzende Dritte selbst ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht.[3]) — Ausdrücklich hervorgehoben ist im § 369, daß es ausreiche, wenn der Gläubiger mittels Konnossements, Lade- oder Lagerscheines über die Ware verfügen kann. Dann hat er eben mittelbaren Besitz.[4]) Natürlich muß er diese Dispositionspapiere als berechtigter Inhaber in Händen haben. Erforderlich ist also, daß sie entweder auf seinen Namen oder auf den Inhaber oder an Order lauten, und er durch eine ununterbrochene, bis auf ihn fortlaufende Reihe von Indossamenten legitimiert ist.[5]) Fehlt es hieran, nennt z. B. das Papier den Schuldner als den Berechtigten, dann kann ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 502ff., Halle 1902; RG. Bd. 45 S. 80.

[2]) Ebenso Dernburg Bd. 3 S. 833.

[3]) vgl. Lehmann-Ring S. 87; OLG. Dresden in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 40 S. 495. And. Ansicht Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 569.

[4]) Körperlichen Gewahrsam braucht der Gläubiger nicht erlangt zu haben. Ebenso Laband S. 444ff.; Korn a. a. O. S. 39.

[5]) vgl. RG. Bd. 13 S. 120; genügend ist Blankoindossament.

nicht an der Ware, höchstens am Dispositionspapier in Frage kommen.[1])

An die Art des Besitzerwerbes stellt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht viel weitergehende Erfordernisse als das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht. Während das Bürgerliche Gesetzbuch nur die negative Bestimmung trifft, daß ein Erwerb durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung ein Zurückbehaltungsrecht nicht begründen könne, enthält das Handelsgesetzbuch zwei positive Voraussetzungen. Die Retentionsobjekte müssen mit dem Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sein.

Mit dem Willen des Retentionsgegners muß der Besitz erworben sein. Der Entwurf 1. Lesung des alten Handelsgesetzbuchs verlangte darüber hinaus sogar „mit Wissen und Willen".[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch gewährt ein Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn der Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt ist, vorausgesetzt, daß subjektive Widerrechtlichkeit fehlt. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wird dagegen nicht nur versagt, wenn der Gläubiger in den Besitz gekommen ist „wider den Willen" des Schuldners, sondern schon wenn es „ohne dessen Willen" geschah.[3])

Das Handelsgesetzbuch geht aber noch weiter. Selbst wenn verbotene Eigenmacht nicht vorliegt, weil das Gesetz die eigenmächtige Besitzentziehung gestattet, schließt es ein Zurückbehaltungsrecht aus, da das erforderliche Einverständnis des Schuldners fehlt. Der Gläubiger kann also eine Sache des Schuldners nicht zurückhalten, die er im Wege erlaubter Selbsthilfe sich angeeignet hat.

Das Einverständnis des Schuldners braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein. Es genügt, wenn es aus den Verhältnissen hervorgeht. Unter Umständen kann es selbst im Schweigen des Schuldners gefunden werden, dann nämlich, wenn der Schuldner nach Treu und Glauben und Handelsbrauch zur Erklärung seines Nichteinverständnisses verpflichtet war. So liegt es z. B., wenn der Käufer eine noch nicht in sein Eigentum übergegangene Ware zur Disposition stellt unter gleichzeitiger Mitteilung an den Verkäufer, er werde sie einem Spediteur zur Rückbeförderung übergeben. Will der Verkäufer verhindern, daß ein Spediteur den Besitz der beanstandeten Ware und an ihr möglicherweise ein

---

[1]) Ebenso Staub Anm. 29 zu § 369; Lehmann-Ring S. 88 Nr. 9; Becker a. a. O. S. 26.

[2]) vgl. Prot. S. 1349, 1352, 1357.

[3]) ROHG. Bd. 19 S. 372; Staub Anm. 25 zu § 369.

Zurückbehaltungsrecht erlangt, so muß er dem Käufer seinen Widerspruch mitteilen.

Das gleiche kann der Fall sein, wenn der Verkaufskommissionär dem Kommittenten mitteilt, er habe unter dem ihm gesetzten Preise verkauft. Will dieser das Geschäft nicht als für seine Rechnung geschlossen gelten lassen, dann muß er widersprechen. Sonst wird sein Kommissionär das Geschäft ausführen, die Waren in den Besitz des Käufers gelangen lassen und dieser vielleicht an der bemängelten Ware ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen (§ 386 Abs. 1 HGB.).

Es kommt auf den wirklichen Willen des Schuldners an, der in seiner ausdrücklichen Erklärung oder seinem sonstigen Verhalten begründet ist.[1]) Unrichtig ist, daß zuweilen schon sein bloß vermuteter Wille ausreiche.[2]) Dagegen genügt es z. B., daß der Schuldner die Gegenstände einem Dritten zu freier Verfügung überlassen hat.

Andererseits ist für ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht kein Raum, wenn der Wille des Schuldners offenbar entgegensteht[3]) oder zwar zustimmend erklärt, aber nichtig ist oder mit Erfolg angefochten wird.[4]) Eine Mentalreservation bewirkt allerdings keine Nichtigkeit (§ 116 BGB.).

Das Gesetz macht keine Einschränkung in der Richtung, daß der Besitz von bestimmten Personen auf den Gläubiger übertragen sein müsse. Die Voraussetzung, daß es mit seinem Willen geschehen sein müsse, sichert ihn schon genügend davor, daß der Gläubiger sich gegen seinen Willen Sicherungsobjekte verschafft. Wie er selbst, können also auch Dritte mit seinem Einverständnis die Gegenstände in den Besitz des Gläubigers gebracht haben.

Nicht nur bei der Erlangung des Besitzes muß des Schuldners Einverständnis vorhanden sein, sondern auch dann, wenn der Gläubiger das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausüben kann und will. Fällt es also, bevor alle sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, z. B. dadurch fort, daß der Schuldner seinen Willen ändert und durch Bekanntgabe dieser Willensänderung berechtigterweise dem Gläubiger das Recht zum Besitze entzieht, so kommt ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht zur Entstehung.[5]) So muß der Verwahrer die hinterlegte Sache auf Verlangen des

---

[1]) vgl. RG. Bd. 4 S. 146 ff.

[2]) So Becker a. a. O. S. 27.

[3]) Ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 563; Cosack, HR. S. 129 Ziff. I, 4; ROHG. Bd. 19 S. 372.

[4]) Ebenso Staub a. a. O. Anm. 25 zu § 369 S. 1396. A. A. Korn S. 42.

[5]) Ebenso Korn a. a. O. S. 44; Lehmann-Ring S. 88 Anm. 10; Planitz a. a. O. S. 13 Anm. 49; Goldschmidt Bd. 1, 2 S. 1045/46.

Hinterlegers herausgeben und kann sie nicht wegen noch nicht fälliger Forderungen zurückhalten.

Nach der zweiten Voraussetzung müssen die Gegenstände auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sein. Der Zweck dieser Vorschrift ist, wie oben S. 28 bereits erwähnt, Beschränkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts auf den engsten Handelsverkehr. Aus dem Gegensatze in der Fassung „Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften" und „auf Grund von Handelsgeschäften" ergibt sich, daß nur auf einer Seite ein Handelsgeschäft vorliegen muß.[1] Außerdem braucht, wie wir schon sahen, der Besitz nicht unmittelbar vom Schuldner auf den Gläubiger übertragen zu sein. Das mindestens einseitige Handelsgeschäft, welches dem Gläubiger Besitz verschafft, braucht also nicht zwischen den Parteien abgeschlossen zu sein. Andererseits ist aus der Mehrzahl „Handelsgeschäfte" nicht etwa zu schließen, daß alle Zwischengeschäfte den Charakter von Handelsgeschäften tragen müssen.[2]

Erwirbt der Gläubiger den Besitz unmittelbar vom Schuldner, dann ist nicht nötig, daß auf seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegt, es genügt, wenn dies auf seiten des Schuldners der Fall ist.[3] Erwirbt der Gläubiger ihn dagegen von einem Dritten, dann muß das Geschäft für ihn ein Handelsgeschäft sein. Es reicht nicht aus, daß das Geschäft für den Dritten ein Handelsgeschäft ist.[4] Die Retentionsobjekte müssen im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger zum mindesten den Charakter eines Handelsguts gehabt haben, entweder also vom Schuldner im Wege des Handelsgeschäfts aus seinem Besitz entlassen oder vom Gläubiger auf solchem Wege zu Besitz erworben sein, wenn sie auch nicht durch beiderseitiges Handelsgeschäft in den Besitz des Gläubigers gelangt sein brauchen.

Nur auf seiten des Schuldners, nicht auch auf seiten des Gläubigers wird Einverständnis mit dem Besitzerwerb verlangt. Das Handelsgeschäft, welches diesen vermittelt, braucht also kein Vertrag zu sein. Es genügt z. B., wenn der Schuldner die Ware dem Gläubiger übersendet, obwohl dieser wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung bereits zurückgetreten ist. Der Gläubiger kann, wenn er auf dieses Angebot nachträglicher Erfüllung nicht eingeht, an

---

[1] ROHG. Bd. 6 S. 197; Goldschmidt a. a. O. S. 1037.

[2] So auch Sievers a. a. O. S. 176.

[3] Ebenso Schlegelberger S. 206; Sievers a. a. O. S. 177; Cosack, HR. S. 128 Ziff. I, 1; Staub a. a. O. Anm. 26 zu § 369; RG. Bd. 19 S. 123 ff.; abweichend ROHG. Bd. 19 S. 372; Planitz a. a. O. S. 12.

[4] Ebenso Staub Anm. 26 zu § 369; Becker a. a. O. S. 29; Sievers a. a. O. S. 177 (vgl. das treffende, dort zur Begründung angeführte Beispiel).

der Ware ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht ausüben.[1]) Ebenso ist die Frage, ob Waren, die ohne Bestellung überschickt werden, zurückbehalten werden können, zu bejahen.[2]) Wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht geht auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verloren mit dem wenn auch unfreiwilligen Verlust des Besitzes, mit dessen Wiedererlangung lebt es wieder auf.[3]) Es gibt aber selbst keinen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes.

3. Voraussetzungen bei unsicherer Vermögenslage des Schuldners.

§ 8.

Im Unterschied zum bürgerlichen Recht läßt das Handelsrecht nicht bezüglich der Objekte der Zurückbehaltung, aber bezüglich der Parteibeziehungen gewisse Erleichterungen eintreten, wenn

1. über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist,
2. der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat,
3. eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.[4])

Liegt einer dieser drei Tatbestände vor, so gewährt es ein sogen. Notzurückbehaltungsrecht auch dann, wenn die Gegenforderung des Gläubigers noch nicht fällig ist und obwohl dieser eine dem Zurückbehaltungsrecht widerstreitende Verpflichtung im Sinne des Abs. 3 des § 369 übernommen hat. Voraussetzung ist in letzterem Fall allerdings außerdem, daß der Gläubiger bei Übernahme der Verpflichtung von der durch die genannten Tatsachen dargelegten Unsicherheit des Schuldners nichts weiß (§ 370 Abs. 2). Verpflichtet er sich ausdrücklich oder stillschweigend,[5]) die vom Schuldner bezüglich der übergebenen Gegenstände erteilten Weisungen zu befolgen, obwohl ihm dessen Unsicherheit bekannt ist, dann liegt kein Anlaß vor, ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren; dann hat er eben selbst darauf verzichtet, sich aus

---

[1]) RG. Bd. 26 S. 59/60.

[2]) Ebenso Staub Anm. 26 zu § 369; ROHG. Bd. 7 S. 213, Bd. 10 S. 236; abweichend Lehmann-Ring S 88; Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware Bd. 1 S. 236, Berlin 1883.

[3]) Ebenso Korn S. 105; Sievers a. a. O. S. 177. A. A. Cosack, HR. S. 132 Ziff. V.

[4]) § 370 HGB.

[5]) vgl. S. 25ff.

den Waren seines unsicheren Auftraggebers zu befriedigen.[1]) Entscheidend ist lediglich seine Kenntnis. Fehlt sie, dann kann ihm das Vorliegen der Tatsachen allein nicht schaden. So kann er z. B. selbst an Gegenständen, die erst nach erfolgter Zahlungseinstellung des Schuldners in seinen Besitz gelangt sind, ein Notzurückbehaltungsrecht ausüben.[2])

Unter normalen Verhältnissen wäre es unbillig, dem Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren auf Grund von Forderungen, deren Erfüllung er noch nicht verlangen kann. Er würde dadurch gegenüber seinem Schuldner bevorzugt und z. B. in den Stand gesetzt, über die jenem gewährten Stundungen sich hinwegzusetzen.[3]) Der sichere Schuldner verdient, daß das Gesetz ihn hiergegen durch das Erfordernis der Fälligkeit der Gegenforderung schützt. Ebenso kann er verlangen, daß der Gläubiger die Dispositionen achtet, mit denen er seine Waren in jenes Besitz gelangen läßt. Stände es dem Gläubiger frei, ihnen zuwider die Waren zurückzubehalten und dadurch des Schuldners Vertrauen zu täuschen, dann würde dessen wirtschaftliche Lahmlegung die Folge sein. Hiergegen ist der Schuldner durch die Bestimmung des Abs. 3 des § 369, welcher die Anwendbarkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ganz erheblich einschränkt, gesichert.

Sobald er aber unsicher wird, kann er auf einen Schutz vor allem in letzterer Beziehung keinen Anspruch mehr erheben. Jetzt würden des Gläubigers berechtigte Interessen geschädigt, wenn er die Waren des Schuldners, die er in Händen hat, ausliefern müßte, ohne in ihnen seine Befriedigung suchen zu dürfen.

Dem Gläubiger wird also in solchem Falle das Notzurückbehaltungsrecht gewährt. Der Fall liegt aber nur vor unter den drei genannten Voraussetzungen, und diese müssen eingetreten sein, es genügt nicht, daß sie mit Wahrscheinlichkeit bevorstehen.[4]) Andererseits nützt, wenn sie eingetreten sind, dem Schuldner die Behauptung nichts, er sei noch völlig „sicher".[5])

Im einzelnen sei zu den drei Tatbeständen kurz Folgendes bemerkt:

1. Über das Vermögen des Schuldners ist der Konkurs eröffnet. Es genügt ein Beschluß nach § 108 oder § 198 KO.[6]) Der

---

[1]) Ebenso Korn S. 70; Staub S. 1405 Anm. 3 zu § 370; Düringer-Hachenburg S. 578 Note IV, 1 zu § 370.

[2]) RG. Bd. 12 S. 91/92.

[3]) s. oben S. 11.

[4]) vgl. RG. Bd. 3 S. 115; Cosack, HR. S. 130 Ziff. 5b; Lehmann-Ring a. a. O. S. 192; ROHG. Bd. 19 Nr. 108.

[5]) vgl. Prot. Bd. 9 Anhang S. 49; ebenso Goldschmidt a. a. O. S. 1043/44.

[6]) Ebenso Korn a. a. O. S. 67/68.

Gläubiger hat kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, wenn der Eröffnungsbeschluß erfolgreich angefochten, d. h. wegen Nichtvorliegens der materiellen Voraussetzungen wieder aufgehoben wird, wohl aber, wenn das einmal eröffnete Verfahren aus formellen Gründen, d. h. wegen Mangels an Masse (§ 204) oder auf Antrag des Gemeinschuldners unter Zustimmung der Gläubiger (§ 202) eingestellt wird. Im übrigen muß natürlich das Konkursverfahren noch schweben, um das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 370 HGB. zu begründen.

2. Der Schuldner hat seine Zahlungen eingestellt. Zum Unterschied von der bloßen Zahlungsstockung muß ein dauerndes Unvermögen zur Zahlung (Zahlungsunfähigkeit) vorliegen und sich nach außen erkennbar machen.[1])

Häufig wird der Schuldner seinen Gläubigern erklären, er könne seine Schulden, wie sie fällig würden, nicht mehr voll begleichen und stelle deshalb seine Zahlungen ein.[2]) Es genügt aber, daß seine Zahlungsunfähigkeit aus seinem Handeln, z. B. Schließen seines Geschäfts, ersichtlich wird. Einzelne Zahlungen, vor allem zur vorläufigen Aufrechterhaltung des Betriebes, schließen die Zahlungseinstellung ohne weiteres nicht aus.[3])

3. Eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ist ohne Erfolg versucht. Um darin eine Kreditunwürdigkeit des Schuldners erblicken zu können, ist erforderlich und offenbar gemeint, daß es dem Gläubiger einer Geldschuld nicht gelungen ist, im Wege der Zwangsvollstreckung deren völlige Bezahlung zu erlangen. Nicht nötig ist es, daß dies gerade der Retentionsgläubiger war. Andererseits wird hier, da das Gesetz keinen Zeitraum bestimmt, innerhalb dessen dieser Tatbestand ein Zurückbehaltungsrecht begründen soll, dem Schuldner der Nachweis zu gestatten sein, daß er inzwischen wieder zu Mitteln gekommen sei.[4])

Wie das gewöhnliche entsteht auch dies außerordentliche oder Notzurückbehaltungsrecht, sobald seine gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, nicht erst mit seiner Geltendmachung.[5])

Im Gesetz wird es als Ausnahme behandelt, im Leben wird es der Regelfall sein. Die Geschäftsverbindung mit einem zahlungsfähigen Schuldner wird der Gläubiger sich hüten durch Ausübung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu stören; einem unsicheren Schuldner gegenüber braucht er keine Rücksichten mehr zu nehmen.

---

[1]) Ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 575 Note IV; RG. Bd. 4 S. 95.

[2]) vgl. RG. Bd. 4 S. 96/97.

[3]) vgl. RG. Bd. 50 S. 41/42.

[4]) Ebenso Sievers a. a. O. S. 186/87.

[5]) vgl. RG. v. 6. 12. 1888; Bolze Bd. 5 Nr. 113; Gruchot Bd. 44 S. 1069.

Zweiter Abschnitt.

I. Die Wirkungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.

a) Materieller Natur.

§ 9.

Das Zurückbehaltungsrecht äußert Wirkungen nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb des Rechtsstreits. Wir werden sie daher getrennt behandeln.

Kraft des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts ist der Schuldner befugt, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (§ 273 Abs. 1 BGB.). Die unmittelbare Wirkung seiner Geltendmachung ist also eine rein negative: Der Gläubiger erhält die von ihm geforderte Leistung nicht, da der Schuldner auf sein Gegenrecht sich stützend die Erfüllung verweigert. Auf Grund der Konnexität der Ansprüche verlangt er, daß sie Zug um Zug erfüllt werden. Dem Anspruche des Gläubigers setzt er ein Gegenrecht entgegen, das nicht seine Rechtswirkung vernichtet wie die Anfechtung, oder aufhebt wie die Aufrechnung, sondern nur seine einseitige Durchführung hemmt. Die beiderseitigen Ansprüche werden in ihrem Bestande nicht verändert, der Anspruch des Gläubigers aber mit einer aufschiebenden Einrede behaftet. Ebensowenig wie der Anspruch setzt diese Einrede das Dasein eines Prozesses voraus. Sie ist eine materiellrechtliche Befugnis.[1])

Durch das Zurückbehaltungsrecht verteidigt sich der Schuldner gegen das Vorgehen seines Gläubigers. Daraus darf indessen nicht der Schluß gezogen werden, daß das Gegenrecht, welches er

[1]) So Crome Bd. 1 S. 184; Kohler a. a. O. S. 190; a. A. Endemann a. a. O. S. 519 Anm. 46, S. 713 Anm. 21.

auf diese Weise geltend macht, ihn zu einem eigenen Vorgehen gegen seinen Gläubiger nicht befuge. Es ist ein Mißverständnis, wenn man wie Cosack[1]) behauptet, das Recht des Schuldners könne nur durch Einrede geltend gemacht werden. Im Gegenteil wird, wie wir oben[2]) gesehen haben, sein Gegenanspruch der Regel nach einklagbar sein und ihn daher berechtigen, wie innerhalb so auch außerhalb eines Prozesses selbst Schritte gegen seinen Schuldner zu ergreifen.[3])

Auf Grund seines Gegenanspruchs ist der Schuldner berechtigt, eigenmächtig das von ihm Geschuldete zurückzubehalten. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht gewährt damit dem Berechtigten einerseits bis zu gewissem Grade eine reale Sicherheit, andererseits ein Mittel, indirekt auf den Gläubiger einen Zwang zur Erfüllung des Gegenanspruchs auszuüben.[4]) Zu einer Lösung des beiderseitigen Schuldverhältnisses führt es dagegen nicht, es verschafft dem Schuldner keine Befriedigung.

Die gleichen Dienste wie die Zurückbehaltung der eigenen Schuld kann dem Retinenten auch eine vom Gläubiger bestellte der Gegenforderung entsprechende[5]) reale Sicherheit leisten. Ebenso wie der Gläubiger ein Interesse an der Erfüllung seines Anspruches hat, wird ihm daran liegen, die bestellte Sicherheit wieder zur freien Verfügung zu bekommen. Deshalb läßt das Gesetz dem Gläubiger nach, auf diese Weise die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuwenden (§ 273 Abs. 3 BGB.). Ausgeschlossen ist dies dagegen bei der exceptio non adimpleti contractus. Darin zeigt sich, wie wir oben[6]) sahen, ihre Verschiedenheit vom Zurückbehaltungsrecht. Das feste Band zwischen Leistung und Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrage kann nicht eine Partei gegen den Willen der andern lösen (§ 320 Abs. 1 Satz 3 BGB.).

Wird keine Sicherheit geleistet, dann kann der Schuldner retinieren, bis der Gläubiger seine Schuld realiter erfüllt. Darin liegt einmal, daß der Schuldner Vorleistung von dem Gläubiger nicht fordern kann, sondern nur Erfüllung Zug um Zug. Andererseits muß der Gläubiger die Erfüllung der von ihm geschuldeten Leistung auch wirklich anbieten. Nimmt der Schuldner

---

[1]) vgl. a. a. O. § 79 II Ziff. 2 S. 297 und § 86 II Ziff. 2a S. 321.
[2]) vgl. oben S. 12.
[3]) vgl. Stammler a. a. O. S. 103.
[4]) Ebenso Crome Bd. 1 S. 545; Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 133; Endemann a. a. O. S. 711 Anm. 12, S. 712 Anm. 17.
[5]) Nicht dem Wert des Retentionsobjektes; ist dagegen dessen Wert geringer, so genügt eine Sicherheit in dieser Höhe; ebenso Becker a. a. O. S. 8; Staub a. a. O. S. 1402 Anm. 54 zu § 369.
[6]) vgl. oben S. 5.

die ihm tatsächlich oder unter den Voraussetzungen des § 295 wörtlich angebotene Leistung nicht an, dann hat der Gläubiger zunächst seine Pflicht getan. Der Schuldner ist nunmehr in Verzug geraten (§ 293 BGB.). Der Klage des Gläubigers gegenüber wird ihm jetzt seine Einrede nichts mehr nützen.

Ebenso kann der Gläubiger durch die, wie schon erwähnt, jederzeit mögliche Sicherheitsleistung dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht die Wirkung nehmen. Hierin unterscheidet sich die Einrede des Zurückbehaltungsrechts von der Mehrzahl der andern aufschiebenden Einreden. Deshalb ist sie auch nicht geeignet, die Verjährung des Hauptanspruchs zu hemmen (§ 202 Abs. 2 BGB.).

Ist Objekt der Zurückbehaltung ein dem Gläubiger zurückzugewährender Gegenstand, dann hat der Schuldner bezüglich seiner Behandlung und Verwahrung die gleichen Rechte und Pflichten wie nach dem ursprünglichen Schuldverhältnisse. Er kann ersetzt verlangen, was er im Interesse des Gläubigers zur Erhaltung des Retentionsobjektes aufwendet, ebenso wie die Kosten der Verwahrung (Lagergeld).[1]) Um diese Beträge erhöht sich seine Retentionsforderung.[2]) Andererseits bleiben seine Pflichten die gleichen,[3]) insbesondere seine Haftung. Er hat einzustehen für die Sorgfalt, zu der ihn das bisherige Schuldverhältnis verpflichtete, und wenn dieses wie z. B. durch Ablauf der Vertragszeit sein Ende gefunden hat, gemäß § 276 BGB. für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Für die Annahme einer Haftungsverschärfung ist kein Raum, da er, solange ihm das Zurückbehaltungsrecht zusteht, nicht in Verzug gerät. Wohl aber mindert sich seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, falls er dem Gläubiger die Rückgewähr des Retentionsobjektes gegen Erfüllung seines Gegenanspruchs vergeblich angeboten und ihn damit in Annahmeverzug gesetzt hat (§§ 298, 300 BGB.).

Welchen Einfluß hat es nun, wenn über das Vermögen des Gläubigers der Hauptforderung der Konkurs eröffnet wird? Es gelten folgende allgemeine Sätze:

An den zur Konkursmasse gehörigen, d. h. einer Zwangsvollstreckung unterliegenden (§ 1 KO.) Gegenständen kann wie ein vertragliches, so auch ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht mehr erworben werden (§ 15 KO.). Am Entstehen ist also das Zurückbehaltungsrecht nicht absolut gehindert, es gewährt

[1]) RG. Bd. 1 S. 284/85.

[2]) Laband a. a O. S. 448; Goldschmidt a. a. O. S. 1048.

[3]) Nach ALR. § 558 I, 20 hätte er mit Ausübung des ZR. die Pflichten eines Pfandgläubigers.

indes dem Retinenten keinerlei Vorrechte. — Dementsprechend ist m. E. anzunehmen, daß ein bereits entstandenes Zurückbehaltungsrecht insoweit seine Wirkung einbüßt, als sie unvereinbar ist mit dem Grundsatze, daß alle Konkursgläubiger bei ihrer Befriedigung auf ihre Konkursdividende sich beschränken müssen (§ 3 Abs. 1 KO.).[1] Über den Einfluß der Konkurseröffnung auf bestehende Zurückbehaltungsrechte enthält die Konkursordnung keine besondere Vorschrift. Der von Seuffert[2] sowie Petersen-Kleinfeller[3] vertretenen Ansicht: Das Zurückbehaltungsrecht erzeuge in solchem Falle zwar kein Absonderungsrecht, könne aber dem Konkursverwalter gegenüber weiter geltend gemacht werden, vermag ich nicht zuzustimmen, da hierdurch eine Verwertung der Konkursmasse unmöglich gemacht würde.[4] Wer also dem Gemeinschuldner etwas schuldet, darf nicht auf Grund eines ihm erwachsenen Zurückbehaltungsrechts die Erfüllung der geschuldeten Leistung verweigern, wenn diese nach § 1 KO. zur Konkursmasse gehört. Ist dies nicht der Fall, dann behält das Zurückbehaltungsrecht seine Wirkung und ist selbst durch eine Forderung genügend begründet, die an sich gemäß § 63 KO. im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden kann.

Auf das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht angewendet, bedeuten diese Sätze Folgendes:

Nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Gläubigers kann der Schuldner an Massegegenständen an sich zwar ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht erwerben, es ist aber, einerlei welches seine Grundlage ist, von Wirkung nur gegenüber dem Gemeinschuldner, nicht gegenüber den andern Konkursgläubigern. Der Schuldner muß vielmehr wie diese die Gegenstände an die Masse herausgeben und zufrieden sein mit der Konkursdividende.[5] Ebenso ist seine Stellung, wenn er an solchen Gegenständen ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht bereits erworben hatte. Ausnahmsweise aber gewährt die Konkursordnung dem Schuldner, dem wegen der auf die Gegenstände gemachten Aufwendungen ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht zustand, ein Absonderungsrecht nach Maßgabe des § 49 Nr. 3.

---

[1] Ebenso Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurs 1892 S. 27/28 und Schlegelberger a. a. O. S. 184.

[2] Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899, S. 112.

[3] Komm. 4. Aufl., Lahr 1900 S. 277.

[4] Übereinstimmend RG. Bd. 16 S. 135 ff.; Mugdan-Falkmann Bd. 4 S. 334/35.

[5] Ebenso Rieger a. a. O. S. 64; Meyer in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1903 S. 8.

In diesem Fall muß er zwar das Retentionsobjekt dem Konkursverwalter herausgeben, wenn dieser es verwerten will (§ 117 KO.), er ist aber nicht auf die Konkursdividende beschränkt, sondern kann sich aus dem Erlöse befriedigen. Besteht das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht an nicht zur Masse gehörenden Leistungen, dann bleibt es durch die Konkurseröffnung völlig unberührt.

Erwähnt sei noch, daß dem Erben ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Nachlaßkonkursmasse durch die Bestimmung des § 223 KO. ausdrücklich versagt ist.

b) Formeller Natur.

Geht der Gläubiger im Wege der Klage gegen den Schuldner vor, dann muß dieser die Einrede des Zurückbehaltungsrechts vorschützen, wenn anders er seine Verurteilung pure verhüten will. Es ist also möglich, daß ein säumiger Beklagter ohne weiteres verurteilt wird zur Erfüllung, obwohl ihm ein fälliger konnexer Gegenanspruch zusteht.

Beruft sich der Schuldner auf seine Gegenforderung, so muß er sie genau substantiieren[1]) und, falls der Gläubiger sie bestreitet, beweisen. Macht er außerdem noch andere Verteidigungsmittel geltend, dann kann das Gericht anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu beschränken sei (§ 146 ZPO.), und über dieselbe durch Zwischenurteil erkennen (§ 303 ZPO.). Der Gläubiger kann langdauernden Verhandlungen dadurch aus dem Wege gehen, daß er die entsprechende Sicherheit leistet. Das kann er noch im Laufe des Rechtsstreits bis zur Rechtskraft des Urteils.[2]) Als Verteidigungsmittel kann die Einrede des Zurückbehaltungsrechts auch ohne Einwilligung des Gläubigers noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden[3]) (§ 529 ZPO.). Ausgeschlossen ist ihre nachträgliche Geltendmachung in der Revisionsinstanz. Deshalb ist dem Schuldner, wenn die von ihm nachträglich vorgebrachte Zurückbehaltungseinrede vom Berufungsgericht auf Grund von § 279 ZPO. zurückgewiesen wird, ihre Geltendmachung nach § 540 ZPO. vorzubehalten. Insoweit bleibt dann der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig und regelt sich nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 541. Zweck hat ein Erfolg in diesem Nachverfahren für den Schuldner natürlich nur, wenn er nicht inzwischen im Wege der Zwangsvollstreckung

[1]) RGHG. Bd. 15 S. 426 oben.

[2]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. zu § 273; a. A. Rieger a. a. O. S. 72.

[3]) vgl. Rehbein a. a. O. S. 96; RG. Bd. 8 S. 364, Bd. 15 S. 421; Gruchot Bd. 29 S. 969, Bd. 37 S. 1109.

seinerseits schon hat leisten müssen. Sind die Gegenansprüche dem Schuldner erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung erwachsen, in der er sie spätestens hätte geltend machen können, dann hat er noch die Möglichkeit, sie im Wege der Klage nach § 767 ZPO. zur Geltung zu bringen.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts schützt den Schuldner nicht wie andere aufschiebende Einreden vor Verurteilung,[1]) sie bewirkt vielmehr nur seine Verurteilung zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Gegenleistung, d. h. zur Erfüllung Zug um Zug (§ 274 Abs. 1 BGB.).

In ihrer Wirkung steht sie der exceptio non adimpleti contractus gleich (vgl. §§ 322 Abs. 1, 348 BGB.). Die Formulierung des Abs. 1 des § 274 gibt eine Bestätigung für die oben[2]) schon aus der Fassung des § 273 abgeleitete Behauptung, daß der Hauptanspruch auf eine Leistung gehen muß. Einer Feststellungsklage gegenüber kann man sich auf ein Zurückbehaltungsrecht nicht berufen. Stellt der klagende Gläubiger den Schuldner sicher, dann wird dieser unbedingt verurteilt.

Bei der Vollstreckung eines auf Erfüllung Zug um Zug ergangenen Urteils muß der Gläubiger seine Leistung mindestens gleichzeitig anbieten. Die näheren Vorschriften enthält die Zivilprozeßordnung in den §§ 726, 756, 765. Ist der Schuldner dagegen in Annahmeverzug geraten (§ 293 BGB.), dann kann der Gläubiger gegen ihn vorgehen, wie wenn er unbedingt verurteilt wäre (§ 274 Abs. 2 BGB.). — Hat der Schuldner eine bewegliche Sache des Gläubigers in Besitz, in Ansehung derer ihm ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht, dann hat der Gläubiger das sogen. benificium excussionis realis, d. h. er kann, soweit der Schuldner dadurch gedeckt ist, der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen (§ 777 ZPO.). Er kann solchenfalls schon im Laufe des Rechtsstreits verlangen, daß ein entsprechender Zusatz in das Urteil aufgenommen wird.[3])

---

[1]) Außer wenn auf künftige Leistung geklagt wird; es gibt keine bedingte Verurteilung nach § 257 ZPO.; vgl. Gaupp-Stein, Komm. zur ZPO. 8./9. Aufl., Tübingen 1906, Anm. IV a zu § 257.

[2]) vgl. oben S. 12 und Seufferts Arch. Bd. 37 Nr. 182.

[3]) Ebenso Dernburg, Schuldverhältnisse S. 135 Anm. 2.

II. Die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

§ 10.

a) Materieller Natur.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist, wie oben[1]) ausgeführt, begrifflich als eine Ausgestaltung des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts anzusehen. Der Gläubiger kann aber auf die weitergehenden Befugnisse, die es ihm gewährt, verzichten und sich auf die bloße Zurückbehaltung beschränken. Dann sind die Wirkungen die gleichen wie die des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts. Es darf insofern auf das in § 9 Gesagte verwiesen werden. Im Folgenden soll uns also vor allem das nur durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gegebene Recht der Befriedigung aus dem Retentionsobjekte beschäftigen.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kommt zur Entstehung und damit zur Wirkungsfähigkeit, sobald seine verschiedenen Voraussetzungen einmal zusammen vorgelegen haben. Wir sahen, daß der spätere Wegfall einzelner Voraussetzungen, wie z. B. der Kaufmannseigenschaft, das entstandene Recht nicht zur Aufhebung bringt, es sei denn, daß es sich um eine seiner notwendigen Grundlagen handelt. Verliert der Gläubiger infolge Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß oder Verjährung seinen Anspruch gegen den Schuldner, büßt er den Besitz ein[2]) oder gehen die Retentionsobjekte durch Verschulden des Retinenten oder durch Zufall unter, dann kann natürlich von der Möglichkeit der Zurückbehaltung keine Rede mehr sein.[3]) Ebenso ist die Retention ausgeschlossen, wenn eine zunächst vorhandene Voraussetzung später durch Anfechtung,[4]) Eintritt einer Resolutivbedingung oder Geltendmachung des sogen. right of stoppage[5]) wieder beseitigt wird.

Etwas anderes ist die Frage, ob die Wirkungen, welche eine Ausübung des Rechts zur Folge hat, von seiten des Schuldners abgewendet werden können. Ebenso wie nach bürgerlichem Recht hat der Schuldner auch nach Handelsrecht die Möglichkeit, durch

---

[1]) S. 19.
[2]) vgl. oben S. 38.
[3]) Statt des untergegangenen Gegenstandes kann möglicherweise sein Surrogat retiniert werden, wenn es sich dazu eignet.
[4]) vgl. oben S. 36.
[5]) vgl. oben S. 31.

Bestellung einer seiner Schuld[1]) entsprechenden realen Sicherheit diesen Erfolg herbeizuführen (§ 369 Abs. 4 HGB.). Der Erfolg ist auch hier nur ein zeitiger[2]) und das Zurückbehaltungsrecht lebt wieder auf, sobald die bestellte Sicherheit ohne Verschulden des Gläubigers ungenügend wird oder gänzlich untergeht.

Die wesentlichste Verschiedenheit, welche das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht gegenüber aufweist, ist die dem Gläubiger gewährte Befugnis, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu befriedigen (§ 371 Abs. 1 Satz 1 HGB.). Der Gläubiger hat in dieser Beziehung, wie sich von selbst versteht, den Vorrang vor einem Dritten, dem ein gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht zurückstehendes Recht an dem Gegenstande zusteht (§ 371 Abs. 1 Satz 2 HGB.).[3]) Die Befriedigung erfolgt entweder auf dem gewöhnlichen Wege — der Gläubiger macht seine Forderungen gegen den Schuldner im Wege der Klage oder im Mahnverfahren geltend und betreibt auf Grund des so erlangten oder eines in anderer Form (z. B. einer vollstreckbaren Urkunde) bereits vorliegenden vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung in die von ihm zurückbehaltenen Gegenstände — oder im Wege des Pfandverkaufs. Die letztere Art von Befriedigung ist indes erst zulässig, nachdem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung erwirkt hat (§ 371 Abs. 3 Satz 1 HGB.). Zu dem Behufe muß er auf Gestattung der Befriedigung Klage erheben, nicht, wie nach Art. 315, auf Anordnung des Verkaufs, da auch unverkäufliche Gegenstände dem Zurückbehaltungsrecht unterliegen können.[4])

Zu richten hat er die Klage gegen den Eigentümer der Retentionsobjekte oder, falls er dies selbst ist (vgl. § 369 Abs. 1 Satz 2 HGB.), gegen seinen Schuldner (§ 371 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 HGB.). Bezüglich der Klagerhebung genießt er zwei Vergünstigungen: Einerseits gilt für ihn, sofern ihm nichts anderes bekannt ist, der Schuldner, welcher zur Zeit des Besitzerwerbes Eigentümer war, auch fernerhin als solcher (§ 372 Abs. 1 HGB.). Der Dritte, welchem der Schuldner nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers das Eigentum an dem Gegenstande überträgt, muß das ergehende Urteil gegen sich gelten lassen, sofern er nicht nachweist, daß der Gläubiger beim Eintritte der Rechtshängigkeit

---

[1]) Nicht dem Wert der Retentionsobjekte; falls dieser geringer ist, genügt eine Sicherheit in dieser Höhe; vgl. oben S. 42.

[2]) Das ZR. wird nur gehemmt in seiner Wirkung, es erlischt nicht, wie Becker a. a. O. S. 39 meint.

[3]) vgl. oben S. 30 ff.

[4]) Denkschr. S. 214, 230: Auch nicht auf „Duldung des Verkaufs"; so zu Unrecht Sievers a. a. O. S. 293 oben.

von dem Eigentumsübergange wußte (§ 372 Abs. 2 HGB.). Der Nachweis, daß dieser ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei, reicht für ihn nicht aus. Andererseits kann der Gläubiger die Klage außer bei den sonst zuständigen Gerichten auch bei dem Gerichte anstrengen, in dessen Bezirk er seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den der Niederlassung hat (§ 371 Abs. 4 HGB.). Bei mehreren Niederlassungen hat er indes nicht die Wahl, zuständig ist vielmehr das Gericht am Orte der Niederlassung, in deren Geschäftsbetrieb die Retentionsforderung entstanden ist.[1]) Im übrigen ist der Rechtsstreit im gewöhnlichen Verfahren durchzuführen. Es ist nicht etwa das beschleunigte Verfahren des Urkunden- oder Wechselprozesses möglich, da ja nicht eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung, sondern über das Recht, sich aus den Retentionsobjekten zu befriedigen, begehrt wird.

Hat der Gläubiger gegen den Eigentümer bezw. gegen seinen Schuldner ein rechtskräftiges Urteil nach § 371 erstritten, dann darf er aus den zurückbehaltenen Gegenständen seine Befriedigung suchen. Maßgebend für das Verfahren sind die für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB., die §§ 1228 ff.[2]) Auch hier tritt, falls der Gläubiger selbst Eigentümer ist, an dessen Stelle der Schuldner (§ 371 Abs. 2 Satz 2 HGB.). Im übrigen unterscheidet sich die Verwirklichung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts von der des Pfandrechts nur in zwei Punkten:

a) Die in § 1234 Abs. 2 BGB. festgesetzte Wartefrist zwischen der Androhung bezw. dem Eintritte der Verkaufsberechtigung ist durch die Bestimmung des § 371 Abs. 2 Satz 2 HGB. von einem Monat auf eine Woche herabgesetzt.

b) Der Verkauf ist außer den in § 1243 Abs. 1 BGB. angeführten Fällen natürlich auch nicht rechtmäßig, wenn der erforderliche vollstreckbare Titel nicht vorliegt.

Verstößt der Gläubiger gegen andere Vorschriften über den Pfandverkauf, dann ist der Verkauf zwar rechtmäßig, dem Gläubiger steht auch an dem Erlöse in Höhe seiner Forderung ein Zurückbehaltungsrecht zu,[3]) er ist aber, wenn ihn ein Verschulden trifft, dem Schuldner zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Den beweglichen Sachen (Waren) stehen hinsichtlich des Verkaufs gleich die Inhaberpapiere (§ 1293 BGB.). Ihre Realisierung

---

[1]) Ebenso Staub a. a. O. Anm. 7 zu § 371 S. 1406; RG. Bd. 23 S. 420, Bd. 30 S. 329, Bd. 64 S. 355.

[2]) Die im Pfandrecht darzustellenden Einzelheiten zu besprechen, würde hier zu weit führen.

[3]) ROHG. Bd. 10 S. 237, Bd. 15 S. 366, Bd. 25 S. 224/25; RG. Bd. 1 S. 285, Bd. 43 S. 39.

kann außerdem nach § 1294 auch durch Einziehung bewirkt werden, sofern sie einen Anspruch auf eine Leistung gewähren, wie z. B. Aktien auf Zahlung eines Gewinnanteils.[1]) Ebenso können Wechsel und andere indossable Papiere durch Einziehung verwertet werden oder, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, nach § 1295 durch Verkauf aus freier Hand gemäß § 1221. Bei anderen Wertpapieren, die also weder einen Börsen- oder Marktpreis haben, noch ein Forderungsrecht begründen, ist nur der Weg der Zwangsvollstreckung gegeben. Der Gläubiger muß seine Forderung einklagen und den erlangten Titel in den Gegenstand vollstrecken (§ 1277 BGB.). Bei jeder Art der Realisierung von Wertpapieren muß aber immer wie bei den beweglichen Sachen ein vollstreckbarer Titel vorliegen.

Im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht stehen die „nach dem Handelsgesetzbuch begründeten Zurückbehaltungsrechte" des Gläubigers im Konkurse des Schuldners den durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechten gleich, gewähren also ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (§§ 49 Nr. 4, 48 KO.). Was nach bürgerlichem Rechte die Ausnahme ist (s. § 49 Nr. 3 KO.), ist nach Handelsrecht die Regel. Wem im Augenblick der Konkurseröffnung ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zustand, der kann die diesem unterliegenden Waren und Wertpapiere des Gemeinschuldners zurückbehalten, um sich aus ihnen gesondert zu befriedigen.[2])

Das Verfahren ist das gleiche, wie wenn der Schuldner solvent ist, nur daß für die Klage des Retinenten passiv legitimiert ist der Konkursverwalter. Verlangt dieser zwecks Verwertung die Retentionsobjekte heraus, wie er es gemäß § 127 auch hier vermag, so tut das dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht der Wirkung nach keinen Eintrag. An die Stelle der Gegenstände tritt dann der Erlös. Aus ihm macht sich der Retinent für Kosten, Zinsen und Kapital (§ 48 KO.) bezahlt, ohne dem Nachteil einer beschränkten Dividende wie die übrigen Konkursgläubiger ausgesetzt zu sein.

Reicht der Erlös zur Deckung der Retentionsforderung nicht aus, so kann der Retinent den Ausfall, den er voraussichtlich oder wirklich erleidet, als gewöhnliche Konkursforderung anmelden (§ 64 KO.). Nicht zur Masse gehörende Gegenstände braucht man naturgemäß weder dem Gemeinschuldner herauszugeben, noch auch dem Verwalter.

---

[1]) Planck Bd. 3 Anm. 1 Abs. 2 zu § 1294; Staub a. a. O. Anm. 72 zu § 368 S. 1375; Denkschr. S. 214.

[2]) vgl. RG. Bd. 2 S. 36; ROHG. Bd. 15 S. 100.

War das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zur Zeit der Konkurseröffnung erst im Entstehen begriffen, also noch nicht begründet, z. B. weil die Retentionsforderung noch nicht fällig war, dann muß der Gläubiger die Gegenstände in die Masse geben und wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht zufrieden sein mit seiner prozentualen Befriedigung (§ 15 KO.).

b) Formeller Natur.

Wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht liegt dem Gläubiger auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht die Behauptungs- und Beweispflicht ob. Die Einrede zeitigt indessen hier eine andere Wirkung als dort. Auf die Klage des Schuldners wird der Retinent nicht zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt, sondern die Klage wird abgewiesen.[1]) Der Grund liegt in der weitergehenden Wirkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Es soll dem Gläubiger ein Befriedigungsobjekt sicherstellen. Deshalb ist es dem Schuldner unmöglich gemacht, eine bedingte Verurteilung des Gläubigers zu erzielen und ihn dann gegen seinen Willen durch Anbieten der Gegenleistung zur Herausgabe der zurückbehaltenen Gegenstände zu nötigen.[2])

Wie dem Schuldner also die Prozeßkosten zur Last fallen, wenn er gegen den Gläubiger auf Herausgabe der Retentionsobjekte klagt, so hat er auch stets die Kosten der Klage des Gläubigers auf Gestattung der Befriedigung zu tragen, vorausgesetzt natürlich, daß diesem ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zusteht. Der Klagegrund besteht ja nicht etwa darin, daß der Schuldner rechtlich verpflichtet sei, die Realisierung zu gestatten, sondern darin, daß er die Gegenforderung des Gläubigers nicht erfüllt hat. Statt in der ausgebliebenen Leistung des Schuldners findet der Gläubiger seine Befriedigung in der Verwertung der zurückbehaltenen Waren oder Wertpapiere. Das ergehende Urteil schafft das Befriedigungsrecht nicht erst, sondern gibt ihm nur die erforderliche gerichtliche Bestätigung.

---

[1]) Ebenso Planitz a. a. O. S. 16; a. A. Schlegelberger a. a. O. S. 194; Staub a. a. O. Anm. 64 zu § 369.

[2]) Durch Bestellung einer realen Sicherheit kann er diesen Erfolg, wie wir S. 48 oben sahen, erreichen.

III. Beider Wesen.

§ 11.

Bei beiden Rechten hat der Gesetzgeber eine Einordnung in die Reihe der anderen Rechtsinstitute nicht vorgenommen, sondern der Wissenschaft überlassen. Er hat es sich genügen lassen, bei beiden die Voraussetzungen und die Wirkungen, so wie die vorstehende Abhandlung sie geschildert hat, festzulegen. Aus den Wirkungen, welche die beiden Rechte nach dem Gesetze äußern, im Zusammenhange mit ihrer Entstehungsgeschichte müssen wir also das Bild ihres Wesens schöpfen.

Beide Rechte sind auf der gleichen Grundlage erwachsen, dem Gedanken, es sei eine Unbilligkeit, dem Gläubiger die Erfüllung seiner Forderung zu gewähren, ohne ihn auch zu einer Erfüllung der Forderung seiners Schuldners anzuhalten. Während nun aber das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht dabei stehen geblieben ist, dem Schuldner durch Zurückhaltung der von ihm geschuldeten Leistung die Möglichkeit zu geben, dies Verhältnis gegenseitigen Verpflichtetseins zu betonen, ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entsprechend den Bedürfnissen des Handelsverkehrs darüber hinausgegangen. Es befugt den Retinenten, falls sein Gegner nicht leistet, aus den zurückbehaltenen Waren, vorausgesetzt, daß sie jenem gehören oder wirtschaftlich als sein Eigentum anzusehen sind,[1]) sich zu befriedigen. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht verhält sich also zum kaufmännischen wie eine negative zu einer positiven Befugnis.[2]) Wir sahen oben,[3]) daß es beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht begrifflich nicht unbedingt notwendig ist, daß der Retinent sich in den Objekten der Zurückbehaltung für seine Forderung deckt, es genügt, daß er sich wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht durch die Vorenthaltung der herausverlangten Ware die Erfüllung seines Anspruchs sichert. Die Eigentümlichkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts liegt aber darin begründet, daß es nicht nur wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht die Schulderfüllung erzwingen, sondern die mangelnde Schulderfüllung ersetzen kann. Mit dem Verweigern der geschuldeten Gegenleistung sind die Machtmittel des Retinenten nach bürgerlichem Recht erschöpft, er hat nicht das Recht, die an sich herauszugebenden Gegenstände

---

[1]) vgl. oben S. 30, 33.
[2]) Laband a. a. O. S. 484.
[3]) S. 19.

zum Verkauf zu bringen und sich aus ihnen bezahlt zu machen. Er ist also nicht imstande, auf diese Weise das zwischen ihm und seinem Gegner bestehende gegenseitige Schuldverhältnis (im Sinne des § 273 BGB.) zu lösen. Der nach § 369 HGB. zur Zurückbehaltung berechtigte Kaufmann hat dagegen die Möglichkeit, zunächst durch einfache Nichtherausgabe der Ware zu versuchen, ob der Gegner nicht einlenkt und sich auch zu eigener Erfüllung versteht. Hat er auf diesem Wege keinen Erfolg, dann kann er, ohne sich weiter um seinen Gegner zu kümmern, allerdings nur auf Grund gerichtlicher Ermächtigung gemäß § 371 HGB., die Retentionsobjekte zu seiner Befriedigung verwerten. Der hierin liegende große Unterschied beider Rechte zeigt sich, wie oben[1]) bereits dargestellt, vor allem, wenn über das Vermögen des Retentionsgegners der Konkurs eröffnet ist.

Nach dem Vorstehenden ist also das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht rechtlich zu qualifizieren als ein Verteidigungsmittel[2]) des Schuldners gegen einen Angriff seines Gläubigers, dessen Unrecht darin liegt, daß er unter Übergehung seiner, auf dem gleichen rechtlichen Verhältnis beruhenden Verpflichtung nur die aus diesem hervorgehende Forderung geltend macht. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht ist also eine Einrede materiellrechtlicher Art, die gerichtlich und außergerichtlich einen realen Schutz gewährt. Dieser Rechtsschutz liegt seiner Natur nach zwischen dem Schutz durch Selbsthilfe und dem durch Gerichtshilfe.[3]) Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht kann persönlichen wie dinglichen Ansprüchen begegnen. Es kann aber nicht als dingliches Recht bezeichnet werden, sondern nur als persönliches, da es dritten dinglich Berechtigten wie Pfändungspfandgläubigern und der Konkursmasse gegenüber versagt und nur dem verpflichteten Gläubiger selbst und dessen Zessionaren entgegengesetzt werden kann.[4]) Andererseits ist es ein akzessorisches Recht, d. h. abhängig von dem Bestehen der Gegenforderung, aber nicht eine akzessorische Qualität der Hauptforderung zu nennen.[5])

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dagegen hat manche Ähnlichkeit mit dem Pfandrechte. Es könnte bei ihm daher fraglicher sein, ob ihm nicht eine dingliche Qualität innewohnt. Aber

---

[1]) vgl. S. 43ff., 50ff.

[2]) Aber nicht etwa lediglich prozessualer Natur, wie zu Unrecht Wolff a. a. O. S. 257 annimmt.

[3]) Ebenso Crome a. a. O. S. 182, 546.

[4]) Dernburg a. a. O. S. 136 Ziff. 5.

[5]) Goldschmidt a. a. O. S. 984.

auch hier ist die Frage zu verneinen.[1]) Auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wirkt nur gegenüber dem Retentionsgegner und denen, die sich die Einwendungen des Retinenten gefallen lassen müssen (§ 369 Abs. 2 HGB.). Wie wir oben[2]) sehen, ist es also wirkungslos gegenüber dinglichen Rechten, die durch Abtretung vor Entstehen des Zurückbehaltungsrecht erworben sind oder im Gesetze ihre Begründung finden, wie die Pfandrechte des Spediteurs, Frachtführers und ähnliche. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht weist unzweifelhaft Eigenschaften eines Pfandrechtes auf, es ist aber nicht voll als solches entwickelt.[3]) Seine wesentlichen Unterschiede von einem wirklichen Pfandrechte zeigen sich darin, daß es durch anderweite Sicherheitsleistung jederzeit zunichte gemacht werden kann, daß zu seiner Verwirklichung erst ein Titel erforderlich ist, daß bei ihm das „Hand wahre Hand"-Prinzip keine Anwendung findet, daß es nicht durch eine dingliche Klage geschützt ist,[4]) und daß es abhängig ist von dem Bestehen der ihm zugrunde liegenden Forderung. Besitz an des Gegners Ware und Bestehen eines Anspruches gegen diesen sind die Hauptvoraussetzungen, an die das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geknüpft ist. Während beim Kompensationsrechte zwei Forderungen vorliegen müssen und die Befriedigung durch deren gegenseitige Verrechnung erfolgt, kommt es hier nur auf des Retinenten Forderung an, und er erhält für diese aus den zurückbehaltenen Waren auch wirkliche Befriedigung. Es kommt etwas zu seinem Vermögen hinzu, während dort nur die Herausgabe eines Teils des Vermögens unterbleibt, dessen Bestand sich also nicht verändert. So ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verschieden vom Pfandrechte, verschieden auch vom Kompensationsrecht. Es ist ein eigenartiges Rechtsinstitut, das sich mit keinem andern deckt. In gewissem Sinne kann man es akzessorisch nennen. Geht die Forderung unter, so kann auch vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht keine Rede mehr sein. Es fehlt ihm die selbständige Existenzfähigkeit wie die selbständige Übertragbarkeit.[5]) Andererseits ist es mit der Forderung nicht

---

[1]) Ebenso Laband a. a. O. S. 485; Cosack, HR. S. 131 Ziff. 2; Düringer-Hachenburg S. 567 Note VI zu § 369; Lehmann-Ring a. a. O. S. 91; a. A. Staub in seiner 6./7. Aufl., jetzt zustimmend, vgl. Anm. 33 zu § 369 S. 1398.

[2]) S. 30 ff.

[3]) vgl. ROHG. Bd. 2 S. 78, Bd. 5 S. 307, Bd. 9 S. 243 u. a., Bd. 10 S. 74, Bd. 14 S. 154; RG. Bd. 8 S. 83; Dernburg Bd. 3 a. a. O. S. 833/34.

[4]) vgl. ROHG. Bd. 5 S. 307.

[5]) vgl. S. 23; ebenso Sievers a. a. O. S. 313; Planitz a. a. O. S. 34.

derart verknüpft, daß mit deren Übergang auch der seinige unbedingt verbunden ist.

Zu den Rechten im weitesten Sinne läßt es sich hinzuzählen, ein eigentliches Vermögensrecht, ein „Gegenstand" des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist es nicht. Das zugrunde liegende Forderungsrecht ist für seinen Inhalt das Ausschlaggebende. Als Begleiterscheinung dieses Rechts charakterisiert man am besten sein Wesen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.